

DU

LOUAGE D'INDUSTRIE

DU MANDAT

ET

DE LA COMMISSION

EN DROIT ROMAIN

DANS L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS ET DANS LE DROIT ACTUEL

PAR

J.-J. CLAMAGERAN

DOCTEUR EN DROIT, AVOCAT A LA COUR IMPÉRIALE DE PARIS.

Ouvrage couronné par la Faculté de Paris.

PARIS

AUGUSTE DURAND, LIBRAIRE,

RUE DES GRÈS, 7.

1856

PRÉFACE.

—

Cet ouvrage a été présenté en 1852 au concours ouvert entre les docteurs, par la Faculté de droit de Paris, sur la question suivante: « Du Louage d'ouvrage et de services, du Mandat et de la Commission, en droit romain, dans l'ancien droit français et dans le droit actuel. » Il a obtenu la première médaille. Je le livre aujourd'hui au public avec les modifications et les développements que m'a suggérés une étude plus approfondie de la matière.

Quel qu'en soit le sort, je conserverai toujours un sentiment de reconnaissance pour les professeurs éminents qui ont nourri notre jeunesse de l'amour du droit, et qui ont bien voulu encourager un travail dont le seul mérite est d'être consciencieux.

Paris, le 28 février 1856.

DU

LOUAGE D'INDUSTRIE

DU MANDAT

ET

DE LA COMMISSION

TYPOGRAPHIE HENNUYER, RUE DU BOULEVARD, 7. BATIGNOLLES.
Boulevard extérieur de Paris.

DU

LOUAGE D'INDUSTRIE

DU MANDAT

ET

DE LA COMMISSION

EN DROIT ROMAIN

DANS L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS ET DANS LE DROIT ACTUEL

PAR

J.-J. CLAMAGERAN

DOCTEUR EN DROIT, AVOCAT A LA COUR IMPÉRIALE DE PARIS.

Ouvrage couronné par la Faculté de Paris.

PARIS

AUGUSTE DURAND, LIBRAIRE,

RUE DES GRÈS, 7.

1856

DU

LOUAGE D'OUVRAGE

ET DE SERVICES

DU MANDAT ET DE LA COMMISSION

PREMIÈRE PARTIE.

DROIT ROMAIN.

—

SOMMAIRE.

TITRE II.

MANDAT (31-79).

PREMIÈRE PARTIE.

DROIT ROMAIN.

TITRE I.

Du Louage d'Ouvrage et de Services.

CHAPITRE I.

ORIGINE.

1. Le louage d'ouvrage et de services est évidemment un de ces contrats qui sont communs à tous les peuples, parce qu'ils naissent des besoins mêmes de la vie humaine, et qu'ils s'imposent partout comme une nécessité[1]. En effet, l'homme isolé serait un des êtres les plus faibles de la création : c'est à peine s'il pourrait subsister ; pour remplir les conditions les plus simples et les plus impérieuses de son existence, pour tirer du sein de la terre sa nourriture, pour se mettre à l'abri des intempéries des saisons et les braver, il lui faut exécuter des travaux si nombreux, si difficiles et si complexes, qu'il ne saurait se passer du concours de ses semblables. Aussi dans les civilisations les plus grossières, les plus rudimentaires, pour ainsi dire, on retrouve cette association de forces et d'aptitudes diverses qui constitue la loi primordiale et la grandeur de l'humanité.

2. Il est vrai que ce concours de bras et d'intelli-

[1] Institutes, liv. I, tit. II, *De jure naturali gentium et civili*, § 2.

gences mis au service d'une œuvre commune revêt des formes très-variées, et que souvent il se manifeste comme le résultat de la contrainte plutôt que d'un mutuel et libre consentement. C'est ce qui arriva chez la plupart des peuples de l'antiquité; l'esclavage s'établit à la suite de la guerre, comme consécration du droit du plus fort, triste conséquence de la défaite pour les uns, fruit illégitime de la victoire pour les autres[1]. Il en fut ainsi à Rome, plus que partout ailleurs; ses vastes conquêtes lui fournirent des esclaves par milliers. Dans un pareil état de choses, le louage d'industrie ne pouvait atteindre cet immense développement auquel il est parvenu de nos jours, car il a précisément pour objet *le travail volontairement consenti*. Cependant il ne laissa pas de jouer un rôle important dans la société romaine. Les travaux manuels furent en général abandonnés aux esclaves, et les professions libérales, comme nous l'expliquerons plus loin (n° 36), devinrent le domaine du mandat; mais le cercle de ces professions était très-restreint : tout ce que nous appelons, à proprement dire, les beaux-arts, la sculpture, la peinture, l'architecture, la musique, en était exclu; les hommes libres ne dédaignèrent pas toujours de les cultiver. En outre, ils se livrèrent aux grandes entreprises commerciales, souvent même à la direction d'un ensemble d'ouvrages dont ils faisaient exécuter les détails par des mains serviles. Enfin, la pauvreté des plébéiens, le nombre sans cesse croissant des affranchis, ouvrirent une carrière plus large encore au contrat de louage d'industrie.

Aussi, il reçut en quelque sorte droit de cité dans

[1] Institutes, liv. I, tit. II, *De jure naturali gentium et civili*, § 2.

la législation romaine, et il se présente à nous comme appartenant au droit des gens par son origine [1], et au droit civil par l'action dont il est revêtu.

CHAPITRE II.

DÉFINITION.

3. *Choses essentielles au louage.* — Après avoir vu l'origine de ce contrat, il faut arriver à en donner une définition aussi précise que possible; pour cela, nous avons à rechercher quels en sont les éléments essentiels, les caractères distinctifs.

Consentement.— La première condition pour l'existence d'un contrat, c'est le consentement. Nous reviendrons dans notre chapitre III sur cette première condition; les règles qui la concernent étant les mêmes pour tous les contrats, ou au moins pour un grand nombre d'entre eux, elles ne sauraient nous fournir un trait vraiment caractéristique du louage d'industrie.

Cause.— La deuxième condition, c'est l'objet, et la troisième, la cause: ici la cause et l'objet se confondent, car le contrat étant synallagmatique, comme nous le verrons plus tard (n° 11), c'est-à-dire produisant des obligations respectives de part et d'autre, la cause de l'une d'elles se trouve être l'objet de l'autre et réciproquement. Il suit de là que l'objet du contrat est double.

4. *Objet.* — Reste à savoir en quoi il consiste :

1° Nous trouvons d'abord l'accomplissement d'un

[1] D. L. 1, Paul, *Locati conducti.*

certain travail: ***quotiens autem faciendum aliquid datur locatio est*** [1]. Dès lors, il est impossible de confondre le louage d'industrie avec la vente; car l'objet de la vente, c'est la transmission de la possession paisible d'une chose.

Cependant, il est un cas où ces deux faits se rencontrent à la fois, et où le doute pourrait s'élever: c'est le cas où un ouvrier promet de confectionner un certain ouvrage avec sa propre matière. Gaïus décide qu'il y a vente: *sed placet unum esse negotium, et magis emptionem et venditionem esse* [2]. C'est la chose confectionnée et non la confection de la chose qui a été promise.

Ainsi, le premier objet du contrat de louage d'industrie est un *fait*, à savoir : l'accomplissement d'un certain travail.

5. Mais ce fait lui-même peut se produire sous deux formes différentes, qu'il importe de bien discerner.

En effet, on peut considérer le travail promis sous deux points de vue :

Sous le point de vue de sa *durée:* par exemple, je m'engage à battre votre blé pendant tant de jours, à vous servir de domestique pendant une année, etc.; il y a alors louage de services, *locatio conductio operarum.*

Sous le point de vue du *résultat:* par exemple, je m'engage à vous construire une maison, vous tailler un habit, vous sculpter un meuble, etc.; il y a alors louage d'ouvrage, *locatio conductio operis.*

Dans le premier cas, celui qui fournit ses services s'appelle *locator operarum;* celui qui les prend à loyer, *conductor.*

[1] Paul, L. 22, § 1, D. *Locati conducti.*

[2] Gaïus, L. 2, § 1, D. *ibid.*

Dans le second cas, au contraire, celui qui exécute l'ouvrage convenu prend le nom de *conductor* ou *redemptor operis;* celui qui le fait exécuter est le *locator operis.* Le fait de l'entreprise est en quelque sorte assimilé à une chose que son maître donne à bail [1].

6. *Prix.* — 2° Pour qu'il y ait louage, il ne suffit pas qu'il y ait promesse d'un certain travail, il faut en retour un *prix* stipulé [2].

Sinon, il y aurait une espèce de donation [3].

Le prix (*pretium merces*) doit être *sérieux* [4], c'est-à-dire tel qu'il ait pu être regardé par les parties contractantes comme l'équivalent approximatif du travail promis, comme la valeur vénale de l'ouvrage exécuté.

Il doit être *fixé* à l'avance ou bien abandonné à l'arbitrage d'un tiers désigné. Dans ce cas, il y a louage sous condition de fixation du prix par l'arbitre. *Si merces promissa sit, generaliter alieno arbitrio locatio conductio contrahi non videtur* [5]...

Enfin, il doit consister en une *somme d'argent.*

Toute autre dation donnerait lieu à l'une de ces conventions innommées, qui rentrent sous la formule générale: *Do ut facias*; mais il n'y aurait pas de louage [6]. Que si, au lieu d'une dation, nous trouvions l'accomplissement d'un fait, ce serait une espèce d'échange de services, ce que les jurisconsultes romains désignent par ces mots: *Facio ut facias* [7]. Les parties ont alors

[1] L. 11, § 3. L. 13, § 1. L. 25, § 7. L. 59, D. *Locati conducti.*

[2] Gaïus, L. 2, pr. *Locati conducti.* D. L. 20, Paul, § 1, *ibid.*

[3] *Ibid.*

[4] Ulpien, L. 46, *ibid.*

[5] Gaïus, L. 25, pr. *Locati conducti.* D. Institutes, liv. III, tit. XXIV, *De locatione et conductione*, § 1.

[6] Paul, L. 5, § 2, *De præscriptis verbis.*

[7] *Ibid.*, § 3.

recours à l'action *præscriptis verbis*, *in quam necesse est confugere* (dit Julien), *quotiens contractus existunt quorum appellationes nullæ jure civili proditæ sunt*[1]. Tels sont les caractères distinctifs du louage d'industrie, les signes qui le font reconnaître au milieu de toutes les autres conventions[2].

7. *Double définition.*—Nous avons vu qu'il se subdivisait en deux espèces de louage, que nous pouvons aînsi définir :

1° Le louage de services (*locatio conductio operarum*) est un contrat par lequel une personne promet à une autre un certain travail pendant un certain temps, moyennant un certain prix.

2° Le louage d'ouvrage (*locatio conductio operis*) est un contrat par lequel une personne promet à une autre la confection d'un certain ouvrage, dans un délai déterminé ou non, moyennant un certain prix.

8. *Division de la matière.*— Maintenant nous allons pénétrer d'une manière plus intime dans la nature du louage d'industrie. Laissant de côté tout ce qui rentre dans la matière des principes généraux sur les contrats auxquels le louage reste soumis, nous examinerons successivement :

1° Comment il se forme;

2° Quels sont ses effets, c'est-à-dire quelles obligations il produit, et de quelles actions il est revêtu;

3° Enfin, comment il s'éteint.

[1] Paul, L. 5, § 3, *De præscriptis verbis.*

[2] Quand nous traiterons la grande et difficile question du *mandat salarié*, nous verrons comment ce dernier contrat se distingue de celui qui nous occupe en ce moment. Nous aurons alors la connaissance de tous les principes nécessaires pour bien établir cette distinction.

CHAPITRE III.

FORMATION DU CONTRAT DE LOUAGE D'INDUSTRIE.

9. Le louage, grâce à son origine (V. n[os] 1 et 2) a échappé de bonne heure au formalisme rigoureux du droit civil. Il se range dans la classe des contrats consensuels[1], c'est-à-dire des contrats qui existent par cela seul qu'il y a consentement, *solo consensu*[2].

Peu importe le mode extérieur par lequel se manifeste l'accord des volontés, par paroles, par écrit, par lettres, par l'intermédiaire d'un messager, etc.; toutes ces circonstances diverses, très-importantes lorsqu'il s'agit de la preuve, sont complétement étrangères à la formation même du contrat.

10. Tel était l'état du droit avant Justinien. Justinien y introduisit une innovation dont la portée est essentielle à connaître. Si les parties sont convenues

[1] L. 1, Paul, pr. D. *Locati conducti.* Institutes, liv. III, tit. XXII, *De consensu obligatione.*

[2] M. Ortolan (*Explic. hist. des Institutes*, t. II, p. 413, note 6, in fine) pense qu'il n'en était pas ainsi dans l'origine du droit quiritaire. Nous sommes porté à le croire. En effet, dans toutes les civilisations naissantes, on voit se reproduire le même phénomène ; la nécessité d'une forme extérieure ou tout au moins d'un symbole pour la validité des actes juridiques s'établit invinciblement sous l'empire de deux puissantes causes : d'une part, elle satisfait aux instincts matériels des peuples chez lesquels le culte de la force étouffe l'idée du droit; d'autre part, elle remédie en quelque sorte à l'absence d'un système de preuves régulier. En outre, à Rome, l'influence sacerdotale favorisait l'emploi des rites mystérieux et des formules solennelles. — Mais un pareil état de choses dut être court, au moins en ce qui concerne le louage et les autres contrats consensuels, car tous les jurisconsultes romains nous les présentent comme adoptés depuis longtemps par le droit civil.

de rédiger un écrit, le contrat n'est *parfait* qu'après la rédaction de cet écrit, avec toutes les solennités voulues : *Transactionem etiam, quas in instrumento recipi* convenit, *non aliter* vires habere *sancimus, nisi instrumenta in mundum recepta, subscriptionibusque partium confirmata*[1].

En quoi consiste au juste cette innovation? Nul doute qu'il n'ait été permis à toute époque de convenir qu'un écrit serait rédigé; mais le contrat existait avant la rédaction de l'écrit, il était seulement affecté d'une condition[2]; il y avait donc un lien entre les parties, et l'une d'elles pouvait exiger de l'autre l'accomplissement de la condition ou le payement des dommages-intérêts. Ce résultat est impossible depuis Justinien; tant que l'écrit n'est pas rédigé, il n'y a rien de fait: *Adeo ut nec illud in hujusmodi venditionibus liceat dicere quod pretio statuto necessitas venditori imponatur, vel* contractum *venditionis* perficere, *vel id* quod emptoris interest persolvere[3].

CHAPITRE IV.

EFFETS.

SECTION I. — OBLIGATIONS.

11. Le contrat de louage, une fois formé, produit des obligations réciproques entre les parties : *alter*

[1] C. 17, Justinien, *De fide instrumentorum.* Voy. aussi Institutes, liv. III, tit. XXIII, *De emptione et venditione*, pr.

[2] Le louage est, comme tout autre contrat, susceptible d'être soumis à une condition (L. 20, Paul, pr. D. *Locati conducti*).

[3] C. 17, *De fide instrum.* V. Ducaurroy, t. II, nos 1037 et 1051, in fine. M. Ortolan, t. II, p. 240 et 260.

alteri obligatur[1]. Il rentre donc dans cette classe de contrats que les jurisconsultes modernes appellent *bilatéraux* ou *synallagmatiques*.

Ces obligations varient selon que le louage a pour objet la prestation de certains services ou la confection d'un certain ouvrage : nous aurons donc à les étudier tour à tour dans ces deux hypothèses.

§ 1. — **Obligations qui naissent du louage d'ouvrage.**

1° *Obligations du* conductor operis.

12. *Obligation principale.* — La principale obligation du *conductor operis* est *d'exécuter l'ouvrage promis* dans le délai convenu. Cette obligation sera réputée remplie quand l'ouvrage aura été approuvé, c'est-à-dire lorsqu'il aura été constaté conforme au résultat que les parties avaient en vue ; que si le maître refuse son approbation, le débat sera soumis au jugement d'un homme loyal, *boni viri arbitratu*. Il n'en serait pas autrement, même si, dans le contrat, il avait été convenu que l'ouvrage serait approuvé par le maître, ou même si un arbitre avait été désigné ; c'est là ce qu'exige la bonne foi : *Nam fides bona exigit ut arbitrium tale præstetur quale viro bono convenit*[2]. Il ne faut pas que le *conductor operis* soit à la discrétion du maître. Ce n'est là, du reste, que l'application à un cas particulier d'une règle générale. En effet, Proculus pose en principe, dans la loi 76, *Pro socio*, qu'il y a deux sortes d'arbitres : les uns dont la sentence peut ne pas être conforme à l'équité, ce qui a lieu au cas

[1] Institutes, liv. III, tit. XXII, *De consensu obligatione*.

[2] L. 24, Paul, pr. *Locati conducti*. L. 77, Paul, *Pro socio*. L. 7, Ulpien, *De contrah. emptione*.

de compromis; les autres, au contraire, qui doivent toujours être des hommes de bien, même si d'autres ont été désignés à l'avance. Or, évidemment, quand il s'agit d'un contrat de bonne foi, il est impossible d'admettre des arbitres qui pourraient juger contrairement à l'équité. Du reste, le pouvoir de l'arbitre jugeant *ex æquo et bono* n'est pas sans limites : ainsi il appréciera la qualité de l'ouvrage, mais il ne lui sera pas permis de prolonger le délai [1], à moins cependant que l'exécution de l'ouvrage, dans le délai fixé, ne fût d'une impossibilité matérielle (L. 58, Labéon, § 1, *Loc. cond.*).

13. *Responsabilité.* — La seconde obligation du *conductor operis* découle de la première. Il doit veiller à la conservation de la chose qui lui est remise comme matière de son travail. Voyons quelles sont les limites de cette responsabilité. Il est bien certain d'abord qu'il répond de son dol; car c'est une règle de justice et de raison sans cesse proclamée et rappelée par les jurisconsultes romains, qu'on doit réparer le tort causé sciemment et à dessein [2]. Dans le dol rentre la faute grave, *lata culpa*, cette faute qui consiste à ne pas comprendre ce qui est accessible à toutes les intelligences [3]; *magna culpa dolus est*, dit Paul [4].

14. Il est bien certain aussi que le *conductor operis* ne peut être responsable du cas fortuit : de quoi se plaindrait le propriétaire? La chose pouvait périr entre ses mains comme entre les mains de l'ouvrier. Les textes confirment d'une manière formelle l'application de ce principe : *Si tamen* vi majore *opus prius interci-*

[1] L. 24, Paul, pr. *Locati conducti.*
[2] Ulpien, L. 23, *De regulis juris.*
[3] L. 213, Ulpien, *De verb. signif.* L. 223, Paul, *ibid.*
[4] L. 226, *ibid.*

derit quam adprobaretur, locatoris periculo est [1].

Néanmoins il souffre deux exceptions :

1° *Si aliud actum sit* [2]. Si l'ouvrier a pris à ses risques le cas fortuit dans l'acte de louage. Cette convention n'a rien d'illicite.

2° Si la chose qui fait l'objet du louage est une chose fongible, une chose prise *in genere*, de telle sorte que le *conductor operis* se soit engagé, non pas à rendre identiquement la même chose, mais une chose semblable.

15. Cette seconde exception nous paraît se déduire logiquement d'un texte d'Alfenus [3], où l'on trouve ce qui suit :

.... Rerum locatarum duo genera esse, ut, aut idem redderetur, sicuti cum vestimenta fulloni curanda locarentur; aut ejusdem generis, veluti cum argentum pusullatum fabro daretur ut vasa fierent, aut aurum ut annuli : ex superiore causa rem domini manere; ex posteriore, in creditum iri.

Ainsi la distinction est bien claire : vous donnez des habits au foulon pour les réparer, il est tenu de vous rendre les mêmes habits; dès lors ils restent votre propriété, et par conséquent ils continuent d'être à vos risques. Au contraire, vous donnez à un orfévre de l'argent en lingot pour vous faire un vase, il est tenu de vous rendre un vase en argent semblable, mais non pas le même argent; l'argent devient sa propriété, *in creditum itur* : c'est l'expression technique employée pour le cas de *mutuum*. Comment douter dès lors

[1] L. 36, Florentinus, D. *Locati conducti*. L. 37, Javolenus, *ibid*. L. 59, Javolenus, *ibid*.

[2] L. 36, Florentinus, D. *Locati conducti*. L. 13, Ulpien, § 5, *ibid*.

[3] L. 31, D. *Locati conducti*.

que la chose ne soit aux risques de l'ouvrier, et qu'il ne devienne responsable même de la force majeure ? C'est là le principe universellement admis quand il s'agit de dettes *in genere*. Il est vrai qu'Alfenus décide un peu plus loin *conductorem culpam duntaxat debere*. Mais c'est qu'alors il se réfère à une espèce toute particulière qu'il avait posée. Il suppose un capitaine qui prend à son bord une certaine quantité de blé appartenant à plusieurs personnes ; il remet une partie du blé à quelques-unes d'elles; le navire ayant péri, pourra-t-on le poursuivre par l'action *oneris aversi*, action qui s'exerce *in duplum?* Alfenus décide que non, parce qu'il n'y a pas faute de la part du capitaine. Cette décision n'a aucun trait à l'*actio locati*.

16. Arrivons maintenant au cas où il n'y a ni dol ni force majeure, mais simple faute. Ici encore, le droit commun, c'est la responsabilité. Une seule exception est faite en faveur du dépositaire, parce qu'il rend un service gratuit; mais du moment que le contrat intéresse chacune des parties, on rentre sous l'empire de la règle générale : *Sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in empto*, in locato, *in dote, in pignore, in societate, et dolus et culpa prœstatur*[1].

17. Que doit-on entendre par faute, *culpa?* Comment doit-elle s'apprécier ?

Suffira-t-il que le *conductor operis* donne à la chose remise entre ses mains les soins qu'il a l'habitude de donner à ses propres choses ? Non ; il devra se conduire comme un bon père de famille, c'est-à-dire comme le ferait l'homme le plus diligent. *Culpa au-*

[1] L. 5, Ulpien, *Commodati vel contra*, § 2.

tem abest si omnia facta sunt, quæ diligentissimus quisque observaturus fuerit[1].

Il ne s'agit pas ici, comme pour l'associé ou le communiste, d'une personne qui a intérêt à la conservation de la chose, *propter suam partem causam habuit gerendi*[2]. La faute est appréciée (comme disent les commentateurs) *in abstracto*[3], c'est-à-dire d'après un type abstrait sur lequel on doit se régler[4].

Les textes nous offrent des applications fréquentes de cette doctrine.

Celsus assimile la maladresse à la faute. *Celsus etiam imperitiam culpæ admunerandam scripsit*[5]. Ulpien suppose une pierre précieuse donnée à un bijoutier pour l'enchâsser ou la tailler : elle se brise; le maître aura l'action *locati*, si l'inhabileté de l'ouvrier en est la cause[6]. Paul, cité par Labéon[7], décide que la perte arrivée par vice de l'ouvrage (*vitio operis*) retombe sur l'entrepreneur.

Si un ouvrage a été entrepris en bloc, la responsabilité du *conductor* embrasse l'ouvrage tout entier. Si l'ouvrage a été entrepris par pieds ou par mesures (*in pedes mensurasve præstandum*), la responsabilité est restreinte à la portion de l'ouvrage non encore mesurée[8].

Quand cesse la responsabilité du *conductor operis*?

[1] L. 25, Gaïus, § 7, *Locati conducti*.

[2] L. 25, Paul, § 16, *Famil. erciscundæ*.

[3] V. Heineccius, *Elem. juris*, § 787.

[4] V. Sur la théorie des fautes en droit romain, Ducaurroy, t. II, n°s 1071-1078 ; M. Ortolan, t. II, p. 307-311.

[5] L. 9, Ulpien, § 5, *Locati conducti*.

[6] Ulpien, L. 13, § 5, *ibid*.

[7] Labéon, L. 62, *ibid*.

[8] L. 36, Florentinus, *ibid*.

En général, dès qu'il y a eu vérification et approbation de l'ouvrage, *receptio operis*. Il faut en excepter le cas de travaux publics entrepris par un architecte. La loi 8, au Code, *De operibus publicis*, décide que l'architecte est responsable, pendant quinze ans, depuis l'achèvement de l'ouvrage.

2° *Obligations du* locator operis.

18. La seule obligation du *locator operis* consiste à payer le prix (*merces*). Nous avons vu ce que c'était que le prix, et comment il devait être déterminé; nous ne reviendrons pas sur ce point, et nous passons au louage de services.

§ 2. — Obligations qui naissent du louage de services.

1° *Obligations du* locator operarum.

19. L'obligation du *locator operarum* consiste à fournir les services promis pendant le temps convenu. Aucune limite ne paraît apportée ici à la liberté des conventions, aucune restriction soit sur la durée, soit sur la nature des services.

Homo liber qui statum suum in potestate habet, et pejorare eum et meliorem facere potest, atque ideo operas suas diurnas nocturnasque locat[1]. Il est vrai que Papinien (L. 71, § 2, *De cond. et dem.*) proclame ce principe qu'un engagement contraire à la liberté est nul. *Potest dici non esse locum cautioni, per quam jus libertatis infringitur.*

Mais il se réfère, en parlant ainsi, à un cas tout spécial, le cas où le testateur a imposé au légataire des

[1] *Pauli Sententiæ*, lib. II, tit. XVIII, *De locato et conducto*, § 1.

conditions qui gênent son indépendance; ainsi, par exemple, de ne pas se marier, ou de ne pas quitter son tombeau, etc. En outre, il ajoute immédiatement une exception pour les affranchis du *de cujus* : *Sed in defuncti libertis alio jure utimur.*

20. Le *locator operarum* ne répond pas des résultats de son travail; il ne garantit point la bonté de l'ouvrage. Mais ici il faut prendre garde de faire une confusion. Il est possible qu'une personne s'engage à accomplir un certain travail à tant par jour, et cependant qu'il y ait *locatio operis*, et dès lors responsabilité pour l'ouvrier. Tout dépend de l'intention des parties : si elles ont eu en vue un certain ouvrage consommé, il y a *locatio operis;* si, au contraire, elles ont eu en vue le travail en lui-même, et non le but auquel il conduit, il y a *locatio operarum* [1].

Du reste, même dans le premier cas, la circonstance que le louage a eu lieu à tant par jour ne sera pas toujours indifférente; il est possible qu'elle indique chez le maître l'intention de diriger lui-même le travail. *Ut arbitrio domini opus efficeretur.* Alors le *conductor operis* se rapproche du *locator operarum;* il n'est pas tenu de la qualité de l'ouvrage [2].

2° *Obligations du* conductor operarum.

21. Son obligation consiste (comme celle du *locator operis*) à payer le *prix* convenu.

Le *locator operarum* a droit au salaire tout entier, quand même ses services auraient été suspendus ou interrompus, si le fait a eu lieu par une circonstance [3]

[1] L. 51, Javolenus, § 1, *Locati conducti.*
[2] L. 51, Javolenus, § 1, *ibid.*, in fine.
[3] L. 38, Paul, *ibid.*, pr.

indépendante de sa volonté. *Qui operas suas locavit totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit quominus operas præstet.*

C'est une règle générale que la condition est réputée accomplie lorsque son accomplissement a été empêché par le fait de celui qui avait intérêt à ce qu'il en fût ainsi. *In jure civili receptum est* (dit Ulpien[1]), *quotiens per eum, cujus interest non impleri, fiat quominus impleatur, perinde haberi ac si impleta conditio fuisset*[2]. Mais ici il y a plus : le salaire tout entier est dû par cela seul que le *locator operarum* a fait tout ce qui était en lui pour le mériter. Toutefois, un rescrit d'Antonin apporte à cette règle un tempérament d'équité : l'ouvrier devra souffrir qu'on déduise de son salaire ce qu'il a pu gagner ailleurs. (L. 19, Ulpien, § 9, *Locati conducti.*)

22. Les commentateurs du droit romain ont trouvé cette doctrine contraire aux principes généraux du louage; ils ont cherché alors à interpréter la loi 38 dans un sens restrictif[3]. Ils ont distingué trois cas de force majeure : la force majeure qui pèse sur le maître, celle qui pèse sur l'ouvrier, et celle qui ne pèse ni sur l'un ni sur l'autre; c'est seulement dans le premier cas qu'ils accordent le payement du salaire entier. Cette interprétation, suivie depuis par un grand nombre d'auteurs, me paraît erronée; le sens des mots *si per eum non stetit* est parfaitement déterminé par la loi 33, où le jurisconsulte Africanus emploie les mêmes termes pour définir une hypothèse où évidemmeut la force ma-

[1] L. 161, *De regulis juris.*

[2] Adde Julianus, L. 24, *De cond. et dem.*; Paul, L. 81, *ibid.*; Ulpien, L. 50, *De cont. empt.*; Marcianus, L. 32, § 1, *De usuris*; Paul, L. 85, *De verb. oblig.*

[3] Voët, *Locati conducti*, n° 27.

jeure provient d'un fait étranger aux deux parties. Il s'agit d'un fonds loué, puis confisqué. Le jurisconsulte décide : *teneri te actione ex conducto ut mihi frui liceat, quamvis per te non stet quominus id præstes.*

L'opposition de ces deux textes montre bien que, sur ce point, les principes du louage des choses sont étrangers au louage de services, et même qu'il y a antinomie entre eux.

Dans le louage de services, on applique les principes de la vente, ou, du moins, on aboutit aux mêmes conséquences. Il est vrai que l'obligation du *locator* est successive, qu'elle se renouvelle à chaque moment ; mais en quoi consiste au juste cette obligation ? Le *locator operarum* n'a pas précisément promis tel ou tel travail ; il a promis de mettre ses services, c'est-à-dire son activité physique ou intellectuelle à la disposition du *conductor*. Son obligation n'en est pas moins remplie, quelles que soient d'ailleurs les circonstances qui rendent ces services inutiles au *conductor*. Cela est vrai, même au cas de maladie du serviteur ; c'est ce que le jurisconsulte Paul décide par ces belles paroles : *Servire enim nobis intelliguntur etiam hi, quos curamus ægros, qui cupientes servire propter adversam valetudinem impediuntur*[1].

§ 3. — Règles communes au louage d'ouvrage et au louage de services.

23. 1° Le louage d'ouvrage peut être muni de toutes les garanties dont les autres contrats sont susceptibles. Le jurisconsulte Ulpien[2] mentionne spécialement la *solidarité* : *Duo rei locationi in solidum esse possunt.*

[1] L. 4, Paul, § 5, *De statu liberis.*
[2] L. 13, § 9, *Locati conducti.*

2° Il peut être accompagné de pactes joints (*pacta adjecta*). Ces pactes auront la même force que le contrat, de quelque manière qu'ils le modifient, soit qu'ils adoucissent, soit qu'ils augmentent l'obligation. *Pacta enim conventa bonæ fidei judiciis insunt*[1]. Mais il faut qu'ils soient ajoutés *in continenti*, ou, s'ils sont ajoutés *ex intervallo*, qu'ils interviennent *re non secuta*, l'exécution n'étant pas encore commencée, ou au moins les choses étant remises en leur état primitif[2].

SECTION II. — Actions.

24. Nous venons de voir que le contrat de louage d'ouvrage et de services créait des obligations, c'est-à-dire une nécessité juridique d'accomplir certains faits ou certaines prestations[3].

Mais il ne suffit pas que la société proclame l'existence d'un droit, il faut qu'elle garantisse son efficacité, qu'elle lui donne la puissance de se produire et de s'imposer dans la vie pratique.

A cet égard, on sait qu'il y eut trois grandes phases dans l'histoire du droit romain.

25. *Première phase; actions de la loi.*—La première fut celle des actions de la loi. Chacune de ces actions constituait à elle seule tout un système de procédure. Elles étaient au nombre de cinq :

Actio sacramenti :
— *per judicis postulationem;*
— *per conditionem;*
— *per manus injectionem;*
— *per pignoris capionem.*

[1] Ulpien, *De pactis*, L. 7, § 5.
[2] L. 58, *De pactis*. L. 72, *De contrah. emptione*.
[3] Paul, L. 3, *De oblig. et act.*

Nous ne voulons pas entrer ici dans des détails qui seraient étrangers à notre matière.

Disons seulement que, dès cette époque, les jurisconsultes reconnaissent que les obligations nées du louage doivent être appréciées de bonne foi. *Quidem Scœvola pontifex maximus summam vim esse dicebat in omnibus iis* arbitriis, *in quibus adderetur : ex fide bona ; fideique bonœ nomen existimabat manare latissime idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis venditis*, conductis locatis, *quibus vitœ societas contineretur*[1]. En conséquence, ces obligations se trouvent sanctionnées par l'action *per judicis postulationem*, en vertu de laquelle le préteur accorde aux parties en instance un juge (*arbiter*) investi de pouvoirs très-étendus, et dont la sentence doit être inspirée par l'équité plutôt que par l'observation étroite du droit civil. *Prœclarum a majoribus accepimus morem rogandi judicis, si ea rogaremus quœ salva fide facere possit*[2].

Quels motifs ont ainsi imprimé un caractère spécial aux jugements en matière de louage et autres contrats consensuels ?

C'est d'abord l'origine même du contrat, qui remonte, comme nous l'avons déjà vu (n° 2), au droit des gens. Ensuite la nature complexe et multiple des relations qu'il établit entre les hommes. Abandonner le louage et les autres contrats bilatéraux aux rigueurs du droit civil, c'eût été bouleverser la société; car c'est par eux que la société subsiste, *quibus societas continetur*, suivant la belle expression de Cicéron.

[1] Cicéron, *De Officiis*, III, 17.

[2] Cicéron, *ibid.*, 10. V. M. Ortolan, t. II, p. 412 et 413.

26. *Seconde phase; procédure formulaire.* — C'est surtout dans la seconde phase de la procédure romaine, sous l'empire du système formulaire, qu'apparaît l'importance du fait que nous venons d'établir.

L'action ici, c'est une formule que le préteur délivre aux parties, et qui détermine la question que le juge doit décider. Lorsque la formule est conçue *in jus*, c'est-à-dire lorsqu'elle pose une question de droit civil, le juge doit se renfermer strictement dans ses termes, et les circonstances accessoires de la cause, quelque puissantes qu'elles soient, ne peuvent modifier la rigueur de la sentence. Mais, dans certains cas, le préteur, après avoir posé la question de droit civil, ajoute à la formule ces trois mots : *ex fide bona*, ou d'autres analogues [1]. Alors le pouvoir du juge a plus de latitude, il s'exerce dans une sphère plus large; l'équité doit être son guide, et les prétentions des parties n'ont d'autre règle que la bonne foi.

C'est ce qui arrive dans tous les cas où il s'agit de louage, comme l'attestent des textes nombreux [2].

27. Quatre conséquences découlent de ce que l'action est de bonne foi.

1° Rien n'est plus opposé à la bonne foi que le dol [3]. En conséquence, le juge doit tenir compte du dol, sans qu'il soit besoin d'opposer l'exception *doli mali*. *Judicium fidei bonæ continet in se doli mali exceptionem* [4].

Nous avons vu (n° 23) une application de ce prin-

[1] V. M. Ortolan, t. II, p. 472.

[2] Institutes, liv. III, tit. XXII, *De consensu obligatione*; liv. IV, tit. VI, § 28. Gaïus, *Comm.*, IV, § 62.

[3] Ulpien, liv. III, § 3, *Pro socio*. Ducaurroy, n° 1286. M. Ortolan, p. 474.

[4] L. 84, Julien, § 5, *De leg. et fid.*, tit. XX.

cipe en ce qui touche les pactes joints, et, en outre, en ce qui touche, soit le délai d'exécution, soit l'exécution elle-même (n° 12).

2° A défaut de conventions expresses, les droits des parties sont déterminés par l'usage : *Ea quæ sunt moris et consuetudinis in bonæ fidei judiciis debent venire* [1].

3° La compensation est prononcée par le juge, même en l'absence de toute exception de dol.

Judici... compensationis rationem habere... formulæ verbis præcipitur; sed quia id bonæ fidei judicio conveniens videtur id officio ejus contineri creditur [2].

Cette compensation a lieu, *ex eadem causa et dispari specie*; ce qui se comprend, en droit romain, où toutes les condamnations sont pécuniaires.

4° Enfin, les intérêts de la chose due sont ajoutés au principal, à partir de la mise en demeure.

In bonæ fidei contractibus ex mora usuræ debentur [3].

28. Comme nous l'avons vu, le contrat de louage étant bilatéral produit des obligations de part et d'autre; chacune de ces obligations est revêtue d'une action spéciale *actio locati*, quand c'est le *locator* qui agit; *actio conducti*, si c'est le *conductor*.

S'il y a doute pour savoir laquelle des deux parties joue le rôle de *locator, et vice versa*, on agit par l'action *præscriptis verbis* [4], action *in factum*, en ce sens que la *demonstratio* expose le fait au lieu de le nommer, mais conçue, d'ailleurs, *in jus*, en ce sens qu'elle pose une question du droit civil.

[1] L. 31, Ulpien, § 20, *De ædilit. edict.*

[2] Institutes, liv. IV, tit. VI, § 30. Gaïus, *Comm.*, IV, § 63. Ducaurroy, n° 1247.

[3] L. 32, Marcianus, § 2, *De usuris.*

[4] L. 1, Papinien, § 1, *De præscriptis verbis.*

29. *Troisième phase; procédure extraordinaire.* — Nous arrivons à la troisième phase de la procédure romaine, la procédure extraordinaire. La seconde partie de l'instance, le *judicium* disparaît : la connaissance du litige appartient tout entière au magistrat; le procès se termine *in jure.*

Cette procédure, ainsi que son nom l'indique, fut d'abord établie, comme une exception au droit commun, dans certains cas dont le nombre alla toujours croissant.

Parmi eux se trouvaient les questions d'honoraires [1]. Nous expliquerons plus tard ce qu'on doit entendre par honoraires, et comment on les distingue du prix (nos 35-37).

Bientôt l'exception devint la règle, et sous Justinien, *extra ordinem sunt omnia judicia* [2]; toutes les instances sont extraordinaires.

CHAPITRE IV.

COMMENT S'ÉTEINT LE LOUAGE D'INDUSTRIE.

30. Nous avons suivi le louage d'ouvrage et de services dans toutes les périodes de son existence; nous avons assisté à sa formation, examiné ses effets, les obligations qu'il crée, les actions dont il est revêtu; il ne nous reste plus qu'à voir la manière dont il s'éteint.

Les textes nous manquent dans ce dernier chapitre,

[1] L. 5, Callistrate, pr. *De extr. cogn.*
[2] Institutes, lib. IV, tit. XV, § 8; lib. III, tit. XII, pr.

sans doute parce que la matière a paru trop simple aux jurisconsultes romains. En effet, les modes d'extinction résultent ici de la nature même des choses.

Ce sont, outre les modes généraux, tels que novation, mutuel dissentiment, etc.[1] :

1° L'exécution de l'ouvrage;

2° L'expiration du temps convenu pour la durée des services;

3° La perte de la chose qui devait servir de matière au travail promis;

4° L'incapacité physique ou intellectuelle de l'ouvrier;

5° La mort du *locator operarum* ou du *conductor operis*[2].

En général, il est vrai, le contrat de louage subsiste malgré la mort de l'une des parties. *Viam veritatis ignoras* (dit l'empereur Gordien[3]), *in conductionibus non succedere heredes conductoris existimans : cum sive perpetua conductio est, etiam ad heredes transmittatur; sive temporalis, intra tempora locationis heredi quoque onus contractus incumbat.*

Mais dans le louage d'industrie l'objet même du contrat est un fait, le plus personnel de tous les faits, le travail de l'homme; la chose due se confond en quelque sorte avec la personne débitrice, et disparaît avec elle.

[1] Institutes, lib. III, tit. XXIX, *Quibus modis oblig. tollitur.*

[2] M. Ortolan, t. II, p. 269.

[3] C. 10, *De locato et conducto.*

TITRE II.

Du Mandat.

CHAPITRE I.

ORIGINE DU MANDAT.

31. L'intérêt n'est pas le seul mobile de l'homme, dans ses relations avec ses semblables ; des sentiments d'un ordre plus élevé l'inspirent et le dirigent : une certaine bienveillance, quelque chose de sympathique et d'affectueux, le poussent à faire aux autres ce qu'il voudrait qu'on lui fît, et alors il ne met d'autre prix à ses services que le plaisir même de les rendre. Ainsi, un double lien cimente la société humaine ; d'une part les besoins impérieux de la vie, de l'autre les charmes de l'amitié.

Le mandat est une des formes par lesquelles se manifeste dans la pratique cet esprit de générosité et de désintéressement. *Originem ex officio atque amicitia trahit*, dit Paul [1].

Dès son origine, il nous apparaît empreint d'un caractère religieux : son étymologie même l'indique ; la main donnée, *manus data*, c'est le symbole de la foi promise [2].

[1] L. 1, § 4, *Mandati vel contra.*

[2] V. Plaute, *Captiv.*, acte II, scène III, vers 82 et suiv. ; Térence, *Heautontimor.*, acte III, scène I, vers 84 et suiv. ; M. Ortolan, t. II, p. 283.

Aussi, quoiqu'il appartienne au ***droit des gens*** par son universalité, il se trouve de bonne heure consacré par le ***droit civil;*** il semble même que les Romains avaient une prédilection particulière pour ce contrat : ils l'étendent à plusieurs catégories de faits bien divers, qui paraîtraient au premier abord ne pouvoir être rattachés et réunis par des principes communs[1]. (V. nos 68-78.)

CHAPITRE II.

DÉFINITION.

32. Quelque large que soit la sphère du mandat, elle a des limites qu'il s'agit de bien préciser.

Les textes ne nous offrent aucune définition; mais on y trouve les traits caractéristiques, les éléments essentiels du mandat.

Ces éléments sont au nombre de trois :

1° Le consentement; 2° une affaire à gérer, *negotium gerendum*; 3° la gratuité.

1° Le *consentement*.

Cette première condition est commune à tous les

[1] Nous nous sommes placé dans ce chapitre au point de vue des jurisconsultes romains. Ce point de vue est vrai, mais il ne faut pas en abuser. Dans l'origine, le mandat est un acte d'amitié, il devient plus tard un acte de pure réciprocité, un véritable échange de services (comme tous les autres contrats), puisque le mandataire reçoit un prix déguisé sous le nom d'honoraire, et qu'il fait de l'accomplissement du mandat l'exercice d'une profession lucrative.



contrats; mais ici elle a une importance toute particulière, en ce qu'elle distingue le mandat du fait pur et simple de gestion d'affaires, fait où la volonté du maître n'intervient pas, et qui engendre des obligations plus rigoureuses dans la personne de celui qui en est l'auteur [1].

2° Une *affaire à gérer. Negotium gerendum.*

Procurator est (dit Ulpien), *qui aliena negotia mandatu domini administrat* [2].

Ces expressions de *negotium gestum, negotium administratum*, pour désigner l'objet du mandat, se retrouvent dans tous les textes [3].

33. Quel sens faut-il leur donner? On pourrait croire au premier abord qu'il faut entendre par ces mots la direction générale de telle ou telle affaire, mais non l'exécution matérielle d'un certain travail. Ce serait là une erreur. En effet, nous trouvons dans Gaïus :

In summa sciendum est quotiens faciendum aliquid gratis *dederim quo nomine, si mercedem statuissem locatio, et conductio contraheretur* mandati *esse actionem : veluti si fulloni polienda curandave vestimenta aut sarcinatori sarcienda dederim* [4].

Ainsi, il y a mandat dans tous les cas où il y aurait louage, s'il y avait un prix convenu. A part cette dernière différence sur laquelle nous reviendrons, le mandat et le louage se confondent, quant aux faits qui en sont l'objet. Cette confusion cependant, même ainsi restreinte, n'est pas complète.

[1] L. 2, Gaïus, *De negotiis gestis*. L. 1, Ulpien, *De procuratoribus*.

[2] L. 1, *De procuratoribus*.

[3] V. L. 2, Gaïus, §1, 2, 3, *Mandati vel contra*; L. 6, Ulpien, §1, *ibid.*

[4] Gaïus, *Comm.*, III, § 162. Adde Institutes, liv. III, tit. XXVI, *De mandato*, §13; L. 1, Paul, §4, *Mandati vel contra*; L. 16, Ulpien, *ibid.*

34. Il y a certains faits, certains services que le mandat embrasse, et qui échappent au louage.

Le jurisconsulte Paul dit bien qu'il y a louage toutes les fois que nous donnons quelque chose à faire à quelqu'un : *Quotiens autem faciendum aliquid datur, locatio est*[1]. Mais ce principe général ne doit pas être considéré comme absolu. Le même jurisconsulte, dans un autre titre, établit une distinction entre les faits susceptibles de louage et ceux qui ne le sont point : *Si tale sit factum quod locari solet..... si tale est factum quod locari non possit*[2]...

Quels sont ces faits? Il en cite deux : 1° la manumission d'un esclave... *puta ut servum manumittas;* 2° la poursuite d'un débiteur pour le payement de sa dette; et, dans cette dernière hypothèse, Paul nous dit d'une manière explicite que le mandat est indispensable. *Nam si pacti sumus ut tu a meo debitore Carthagine, exigas ego a tuo Romæ..... in priorem speciem* mandatum *quodammodo intervenisse videtur*, sine quo *exigi pecunia* alieno nomine *non potest*[3].

Dans le premier cas, il s'agit d'intervenir dans un acte qui émane de la puissance publique (tel est le caractère de la manumission, quand elle produit tous ses effets); dans l'autre, il s'agit d'une action intentée au nom d'autrui.

Ce dernier résultat n'était pas toujours possible, même au moyen du mandat; nous verrons, dans un autre chapitre, quand et comment on pouvait l'atteindre. Pour le moment, il nous suffit de constater qu'il restait en dehors du louage, et qu'il rentrait

[1] L. 22, Paul, § 1, *Locati conducti.*
[2] L. 5, Paul, § 2, *De præscriptis verbis.*
[3] *Ibid.*, § 4.

dans le domaine du mandat. Ces deux cas ne sont certainement pas les seuls où le louage est impossible; ils sont cités comme exemples : l'usage sans doute déterminait les autres (*si tale sit factum quod locari* solet), et parmi eux, nous pouvons ranger la fidéjussion; car le titre du mandat est rempli de textes où le fidéjusseur nous est présenté comme mandataire. ***Fidejussores et mandatores, etsi sine judicis solverint, habent actionem mandati***[1].

De tout cela nous sommes autorisés à conclure qu'il faut entendre par *negotium gestum* l'accomplissement d'un fait quelconque dans l'intérêt d'une autre personne.

35. 3° La *gratuité*.

La troisième condition essentielle pour l'existence du mandat, c'est la gratuité. Le mandat est un contrat désintéressé; le mandataire s'engage à gérer l'affaire du mandant, et cela sans rien exiger en retour. ***Mandatum nisi gratuitum nullum est; interveniente enim pecunia, res ad locationem potius et conductionem respicit***[2].

Telle est la grande différence qui sépare le louage d'industrie du mandat. Cette différence, à vrai dire, est plutôt une question de forme que de fond. Si on repousse le prix, on admet les honoraires. ***Si remunerandi gratia*** honor ***intervenit, erit mandati actio***[3].

Qu'est-ce donc que ces honoraires, et en quoi se distinguent-ils du prix?

Ulpien nous l'explique, à propos du géomètre arpen-

[1] L. 10, Ulpien, § 11, *Mandati vel contra.*

[2] L. 1, Paul, § 4, *Mandati vel contra.* Adde Institutes, liv. III, tit. XXVI, *De mandato*, § 13.

[3] L. 6, Ulpien, pr. *Mandati vel contra.* Adde, L. 7, Papinien, *ibid.*; L. 16., Ulpien, § 9, *ibid.*; C. 1, *ibid.*; L. 1, *Si mensor falsum.*

teur, *agrimensor* : *Non crediderunt veteres inter talem personam locationem et conductionem esse : sed magis operam beneficii loco præberi, et id quod datur ei ad remunerandum dari et inde honorarium appellari*[1].

Ainsi l'acte en lui-même reste gratuit; c'est toujours un bienfait; on ne le paye pas, on le reconnaît, et cette reconnaissance se manifeste par un don : il y a là pour le mandataire un honneur mérité plutôt qu'un gain.

Ces honoraires ne sont pas, du reste, abandonnés à la délicatesse du mandant; ils peuvent être exigés en justice, non pas, il est vrai, par une action, mais *extra ordinem*[2] c'est-à-dire par-devant le magistrat, comme nous le verrons plus loin (n° 163).

36. Mais il ne suffit pas de savoir en quoi consistent les honoraires, il faut encore connaître dans *quels cas* ils se rencontrent, dans quels cas la somme payée devra être considérée comme une récompense plutôt qu'un prix. Ces cas se présentent dans deux hypothèses :

1° Il s'agit de *professions libérales (liberalia studia)*[3].

Parmi ceux qui les exercent, on range :

Les rhéteurs;

Les grammairiens;

Les géomètres;

Les avocats;

Les notaires;

Les secrétaires;

Les libraires;

Les maîtres d'école;

[1] L. 1, Ulpien, pr. *Si mensor falsum*.

[2] C. 1, *Mandati vel contra*.

[3] L. 1, Ulpien. *De extraordinariis cognitionibus*.

Les pédagogues;
Les médecins;
Les sages-femmes;
Les nourrices;

Les philosophes et les professeurs de droit en font aussi partie; mais ils n'ont droit de réclamer aucun salaire, même à titre d'honoraires; il leur est seulement permis d'accepter ce qu'on leur offre, *quædam enim tametsi honeste accipiantur inhoneste tamen petuntur* [1].

Cependant un rescrit d'Antonin le Pieux accorde ce droit aux jurisconsultes. *Divus Antoninus Pius rescripsit juris studiosos, qui salaria petebant, hæc exigere posse* [2].

2° Il s'agit d'actes non susceptibles de louage, *si tale sit factum quod locari non possit* [3].

Nous avons déjà vu quels étaient ces actes.

Dans l'une ou l'autre hypothèse, aucun salaire n'est accordé s'il s'agit d'une offre incertaine. *Salarium incertæ pollicitationis peti non potest* [4].

Mais il n'y a pas lieu de distinguer si les honoraires ont été promis *ex post facto an in continenti*. M. Troplong et les commentateurs qu'il cite ont cru voir cette distinction dans les lois 6, 7, 10, § 7 et 56, § 3, *mandati vel contra*; c'est une erreur, elles n'en disent pas un seul mot. D'autres textes, au contraire, supposent de la façon la plus nette le salaire promis à l'avance.

[1] L. 1, Ulpien, *De ext. cogn.*, § 5.

[2] L. 4, Paul, *ibid.* Ce texte et quelques autres (L. 7, Papinien; L. 56, § 3, Papinien, *Mandati vel contra*) nous montrent que *salarium* est synonyme de *honor* ou *honorarium*.

[3] M. Ortolan, t. II, p. 294. Ducaurroy, n° 1081.

[4] C. 17, *Mandati vel contra*. L. 56, Papinien, § 3, *ibid.* M. Ortolan, t. II, p. 294.

(V. entre autres la fameuse loi 6, § 7. *Marius Paulus quidam fidejusserat pro Daphide mercedem pactus ob suam fidejussionem...*)

37. En résumé, toute la théorie du mandat salarié en droit romain repose sur deux idées :

Distinction entre les professions libérales et les professions non libérales ;

Distinction entre les faits susceptibles de louage et ceux qui ne le sont point.

De ces deux idées, la dernière me paraît juste et rationnelle ; en effet, le louage d'industrie suppose l'exécution d'un certain travail, et non l'accomplissement de certains actes juridiques, comme au cas de fidéjussion, de manumission, de représentation en justice et autres analogues.

La première peut s'expliquer historiquement par le dédain des Romains pour toutes les professions industrielles, et leur mépris pour cette tourbe d'affranchis qui les exerçaient généralement. Au point de vue d'une saine philosophie, elle me paraît inadmissible. Je sais bien qu'elle a été approuvée par tous les grands interprètes, Cujas, Vinnius, Heineccius, Voët, etc. [1], accueillie avec faveur dans l'ancien droit français par Pothier, et qu'aujourd'hui encore elle se retrouve dans les ouvrages de nos plus célèbres jurisconsultes. Quand nous arriverons au Code civil, nous examinerons cette grave question avec tout le soin qu'elle mérite. Pour le moment, nous nous contenterons de quelques observations de textes. Le motif par lequel on justifie la théorie romaine, c'est que les professions libérales ont

[1] V. Cujas sur le liv. XXXII, *Pauli ad edict.*, L. 1, *Mandati* ; liv. III, L. 7, *Mandati*. Vinnius sur les Institutes, *Mandati*, § 13. Brunemann sur la L. 6, *Mandati*, D.

pour objet des « choses pécuniairement inappréciables par leur nature [1].» Eh bien! ce motif n'était certes pas celui qui avait inspiré les jurisconsultes de Rome, ou du moins il était resté bien confus dans leur esprit; car c'est précisément le motif pour lequel on refuse non pas un prix, mais des *honoraires* aux professeurs de droit civil. *Proinde ne juris quidem civilis professoribus jus dicent (præsides provinciæ); est quidem res sanctissima juris civilis sapientia, sed* quæ pretio nummario non sit æstimanda *nec dehonestanda* [2].

Un autre texte nous démontre d'une manière plus explicite encore que les services rendus dans l'exercice d'une profession libérale peuvent être estimés en argent. *In honorariis advocatorum ita versari judex debet; ut pro modo litis, proque advocati facundia, et fori consuetudine et judicii in quo erat acturus estimationem adhibeat* [3]. Ici on va jusqu'à établir les éléments de l'estimation.

CHAPITRE III.

FORMATION DU CONTRAT DE MANDAT.

38. Nous n'avons ici qu'à nous référer à notre chapitre III sur le louage. Le mandat se forme de la même manière, par le seul consentement [4]. *Obligatio*

[1] Ducaurroy, n° 1081. Quant à M. Ortolan (t. II, p. 295), il reproduit et développe ce motif, mais il ne paraît pas bien convaincu de son excellence, et il reconnaît qu'au fond il y avait là surtout une question d'amour-propre.

[2] L. 1, Ulpien, § 5, *De extr. cogn.*

[3] *Ibid.*, § 10.

[4] Institutes, liv. III, tit. XXII.

mandati consensu contrahentium consistit [1]. Aussi il n'y a en principe aucune parole sacramentelle; peu importe l'expression employée, pourvu que le sens s'y trouve. *Item sive rogo, sive volo, sive mando, sive alio quocunque verbo scripserit, mandati actio est* [2].

CHAPITRE IV.

EFFETS DU MANDAT.

39. Nous diviserons ce chapitre en deux sections. Dans la première, nous examinerons quelles obligations naissent du mandat. Dans la seconde, nous aurons à voir par quelles actions elles se trouvent sanctionnées.

SECTION I. — OBLIGATIONS.

Les obligations qui naissent du mandat peuvent être considérées, soit dans les rapports des parties entre elles, soit dans leurs rapports avec les tiers.

§ 1. — Obligations respectives des parties.

Le mandat est un de ces contrats qui produisent des obligations réciproques de part et d'autre [3] : les commentateurs l'appellent synallagmatique imparfait, parce que l'une des parties se trouve obligée par le fait même du mandat, et l'autre par suite de faits qui s'y rattachent, mais qui naissent postérieurement.

[1] L. 1, Paul, pr. *Mandati vel contra.*
[2] *Ibid.*, § 2.
[3] Institutes, tit. XXII, liv. III, *De consensu obligatione.*

1° Obligations du mandataire.

40. La première obligation du mandataire est d'*accomplir* le mandat accepté.

Sicut autem liberum est mandatum non suscipere, ita susceptum consummari oportet[1]... Il ne pourrait s'y refuser que si l'objet du mandat était illicite : *Illud quoque mandatum non est obligatorium, quod contra bonos mores est*[2].

Mais alors, à vrai dire, le mandat est nul ; c'est là un principe qui domine toute la matière des contrats.

Il en sera de même si le mandant n'a aucun intérêt à l'exécution du mandat : *Mandati actio tunc competit cum cœpit interesse ejus qui mandavit ; cæterum si nihil interest, cessat mandati actio.* Cependant Gaïus[3] nous indique comme valable le mandat contracté *aliena gratia*, ou bien *tua et aliena.* Cette apparente contradiction s'explique facilement par le fait seul de l'exécution du mandat ; le défaut de lien disparaît. Du moment que l'affaire d'autrui a été gérée par ses ordres, le mandant se trouve responsable de la gestion, et par suite il a intérêt à ce qu'elle s'accomplisse : dès lors le mandataire est tenu[4].

41. L'exécution du mandat doit être conforme à la volonté du mandant ; aussi le mandataire doit se renfermer strictement dans les limites qui lui ont été fixées[5]. S'il excède ces limites, il fait autre chose : *aliud quid facere videtur*[6]. Il ne remplit point son en-

[1] L. 22, Paul, § 11, *Mandati.*
[2] Institutes, liv. III, tit. XXVI, § 7, *Rei turpis nullum mandatum est.* L. 6, Ulpien, § 3, *Mandati.*
[3] *Comm.*, III, § 155. Institutes, tit. XXVI, § 3 et 5, liv. III.
[4] L. 28, Javolenus, *De neg. gestis.* Ducaurroy, t. II, n° 1084.
[5] L. 5, Paul, pr. *Mandati.*
[6] *Ibid.*

gagement. Par exemple, je vous ai donné mandat de vendre mon fonds pour une somme de 100 francs; vous le vendez 90 : la vente est nulle. Le fonds continue toujours à m'appartenir[1], et je pourrai le revendiquer. Que si, au contraire, je vous ai donné mandat d'acheter à un certain prix et que vous ayez acheté plus cher, vous ne pourrez agir contre moi pour obtenir vos déboursés. Sur ce point, une controverse s'est élevée entre les Proculéiens et les Sabiniens : on suppose que le mandataire offre d'indemniser le mandant; il offre de prendre la perte à son compte; ainsi, il avait mandat d'acheter à 100, il a acheté à 120; il réclame seulement le prix fixé 100. Les Sabiniens décident qu'il ne doit pas être reçu dans sa demande. Le mandant, disent-ils, n'a pas action contre le mandataire, il serait étrange qu'il fût tenu envers lui[2]. Cette décision était conforme à la logique des principes; dans le système opposé, toutes les chances favorables sont pour le mandataire qui garde la chose, si le marché est avantageux, et s'en débarrasse dans le cas contraire[3]. Cependant la doctrine des Proculéiens triompha comme étant moins rigoureuse[4]; on évitait ainsi une condamnation qui souvent était infamante, comme nous le verrons plus loin[5]. D'ailleurs le mandant n'a pas à se plaindre, puisqu'il obtient la chose qu'il désirait au prix convenu. Dans le cas de vente on décide de même; le mandataire qui a vendu au-dessous du prix sera considéré comme ayant exécuté son mandat, pourvu qu'il paye au mandant la

[1] L. 5, Paul, § 3, *Mandati.*
[2] L. 3, Paul, § 2, *Mandati.* Institutes, tit. XXVI, § 8.
[3] Ducaurroy, t. II, n° 1090, note A.
[4] L. 4, Gaïus, *Mandati.*
[5] Institutes, liv. IV, tit. XVI, *De pœna temere litigantium*, § 2.

différence entre le prix véritable et le prix fixé [1].

42. Ainsi le mandataire ne peut jamais empirer la position du mandant, mais il peut l'améliorer [2]: comme, par exemple, s'il achète à meilleur marché ou s'il vend plus cher. Cette règle, qui paraîtrait absolue au premier abord, ne l'est point. En effet, nous trouvons dans un texte de Paul [3] : *Præterea in causa mandati etiam illud vertitur,* interdum nec melior *causa mandantis fieri possit, interdum melior, deterior vero nunquam.*

Ainsi il y a des cas où le mandataire ne peut pas améliorer la position du mandant. Quels sont-ils?

Les jurisconsultes romains ne nous les citent pas; mais on peut concevoir que cela ait lieu toutes les fois que le mandat est établi en faveur du mandant et d'un tiers. Par exemple, je vous donne mandat de prêter une certaine somme à Titius, avec intérêt à 6 pour 100; des intérêts plus élevés me seraient avantageux, mais ils nuiraient à Titius; et si mon intention a été de lui être utile, vous ne pourrez dépasser le taux convenu.

Quant à la fixation même des limites du mandat, elle doit être faite par le contrat intervenu entre les parties. Que si le mandat est conçu en termes généraux; par exemple, si le mandant a confié au mandataire l'administration de tous ses biens (*generaliter libera administratio bonorum permissa est*), ce dernier a le droit et le devoir de réclamer ce qui est dû au mandant (*exigere*), faire des échanges (*aliud pro alio permutare*), payer les créanciers [4], aliéner les fruits

[1] L. 5, Paul, § 3, *Mandati.*
[2] L. 5, Paul, § 5, *Mandati.*
[3] L. 3, pr. *Mandati.*
[4] L. 58 et 59, Paul, *De procuratoribus.*

et autres choses qui se gâtent[1], mais non transiger[2], ni aliéner les immeubles ou les meubles qui se conservent[3].

43. La seconde obligation du mandataire est de *rendre compte. Ex mandato apud eum qui mandatum suscepit nihil remanere oportet*[4]. Il doit rendre tout ce qu'il a reçu pour le mandant et lui céder les actions qu'il a acquises contre des tiers[5]. Nous verrons plus loin comment s'opère cette cession.

Il s'agit maintenant d'examiner d'après quelles règles se fait la reddition du compte, quels sont les principes qui servent à apprécier la gestion du mandataire; en un mot, de quelle nature est sa responsabilité.

Nous avons déjà exposé, à propos du louage (n° 17), la théorie des fautes en droit romain. Nous n'y reviendrons pas.

Le mandataire est de ceux qui sont tenus non-seulement de leur dol, mais de leur faute, et de leur faute appréciée d'après le type abstrait d'un bon père de famille.

Si dolus non intervenit, nec culpa, non teneberis[6].

A procuratore dolum et omnem culpam non etiam improvisum casum præstandum esse juris auctoritate manifeste declaratur[7].

Il répond même de son fait, *de tuo etiam facto cavere debes*[8]. Cette sévérité s'explique, quoique le mandat soit gratuit, par le caractère religieux dont il était empreint dès son origine et dont il conserva toujours

[1] L. 63, Modestinus, *De procuratoribus*.
[2] L. 60, Paul, *ibid.*
[3] L. 63, Modestinus, *ibid.*
[4] L. 20, Paul, pr. *Mandati*.
[5] L. 43, Ulpien, pr. *Mandati*. L. 59, Paul, pr. *Mandati*.
[6] L. 8, Ulpien, § 10, *Mandati*.
[7] C. 13, Diocl. et Max., *Mandati*. C. 21, Constantin, *ibid.* C. 23, Ulpien, *De regulis juris*.
[8] L. 9, Paul, § 10, *Mandati*.

des traces. Comme le dit l'empereur Constantin, le mandat n'est pas seulement une affaire d'argent, c'est une affaire d'honneur : *Verum etiam existimationis periculum est*[1].

44. Il semble que ces motifs devaient s'appliquer à l'*agrimensor* plus qu'à tout autre. Le géomètre arpenteur, dans les temps antiques, était en quelque sorte le prêtre de la propriété foncière; sa personne avait quelque chose de sacerdotal. D'autre part, on ne saurait nier qu'il ne fût un mandataire[2]. *Si ego tibi, cum esses mensor, mandaverim, ut mensuram agri ageres...*, dit Paul[3], *si duobus mandavero...*, dit Ulpien, toujours en parlant de l'*agrimensor*[4]. Enfin, nous trouvons dans un autre texte : *Hæc actio perpetua est, quia initium rei non a circumscriptione sed* a suscepto negotio *originem accepit*[5]. Or, le mot *susceptum negotium* est le mot technique pour désigner l'acceptation du mandat. Et cependant quoiqu'il y ait mandat, la responsabilité de l'*agrimensor* n'est pas celle d'un mandataire : *Hæc actio* dolum malum duntaxat *exigit*[6]. Il ne répond que de son dol[7], et encore il ne peut être poursuivi que par une action prétorienne, une action *in factum*.

D'où vient cette contradiction apparente? d'où vient que le droit civil ne reconnaissait point l'*agrimensor* comme obligé? Il y avait là (comme le dit Ulpien[8]), un service rendu à titre de bienfait, *operam beneficii præberi*, ce qui est justement le trait caractéristique du

[1] C. 21, Constantin, *Mandati*.
[2] *Secus* M. Troplong, n° 156 (Mandat).
[3] L. 2, § 1, *Si mensor falsum*.
[4] L. 3, pr. *ibid*.
[5] L. 4, Paul, *ibid*.
[6] L. 1, Ulpien, § 1, *ibid*.
[7] *Ibid*. et pr.
[8] *Ibid*., pr.

mandat. Ce point curieux de la législation romaine est resté obscur.

Je hasarderai, pour l'éclaircir, deux considérations, l'une historique, l'autre rationnelle, qui me paraissent assez graves. L'*agrimensor* jouait un rôle très-élevé dans l'organisation primitive de la société romaine; il remplissait une sorte de fonction publique[1]; il s'imposait aux citoyens comme un magistrat, comme un pontife. Dès lors on conçoit que l'ancien droit civil n'ait pas voulu le confondre parmi les mandataires qui tiennent leur pouvoir de simples particuliers, et ait refusé toute action contre lui. Plus tard, l'importance du personnage diminue; le préteur le soumet à une action *in factum;* mais il le fait avec une prudente réserve, selon son habitude, et il limite sa responsabilité aux cas de dol. Cette restriction se justifie d'ailleurs par des motifs rationnels. L'arpentage est une opération très-délicate, où les erreurs involontaires sont faciles; en outre, c'est une opération d'une immense utilité pour l'ordre public et le bien-être général. Il était donc juste de ne pas imputer à l'*agrimensor* une simple faute, et de le mettre, pour ainsi dire, plus à l'aise dans l'exercice de sa profession.

45. Nous avons vu (n° 35) que le mandat était essentiellement gratuit. Une conséquence de ce principe, c'est que le mandataire ne doit jamais tirer un bénéfice de la chose qu'il gère : *Quia bonæ fidei hoc congruit, ne de alieno lucrum sentiat*[2]. Aussi il devra tenir compte au mandant non-seulement des intérêts moratoires, mais encore des intérêts de toute somme placée à intérêts par ses soins, ou employée à son usage

[1] Niebhur, *Histoire romaine*, t. IV, p. 444 et 445.
[2] L. 10, Ulpien, § 3, *Mandati*.

personnel[1], même s'il n'était pas tenu par le mandat de la faire valoir.

Bien plus, il sera souvent inutile d'examiner l'emploi de la somme pour déclarer le mandataire responsable des intérêts. Cela est évident, s'il y a eu un pacte soit *in continenti*, soit *ex postfacto* avant la réception de la somme. Mais une fois la somme reçue, il semble qu'alors il y a *mutuum*, et qu'il faut une stipulation, selon les principes généraux des contrats de droit strict[2]. Le jurisconsulte africain prévoit précisément cette espèce. Un mandataire a entre ses mains une somme d'argent pour le compte du mandant; il lui déclare qu'il se constitue son débiteur de cette somme, et qu'il lui en servira les intérêts. Les intérêts pourront être exigés par l'action de mandat. Et pourquoi? c'est que le mandataire est toujours resté propriétaire de la somme. Il n'y a donc pas un prêt véritable; dès lors un simple pacte suffit[3].

46. Le mandataire peut-il compenser le bénéfice qu'il procure au mandant sur certaines opérations avec les dommages-intérêts qu'il lui doit pour pertes éprouvées sur d'autres opérations? Pomponius décide l'affirmative à propos du *negotiorum gestor*. *A fortiori*, doit-on le décider pour le mandataire. Mais il suppose une espèce où les diverses opérations sont connexes et se rattachent toutes à un seul acte; il suppose un achat embrassant plusieurs objets du même genre[4]. Je ne crois pas que sa décision doive être étendue au delà.

Ajoutons enfin, pour compléter ce que nous avons

[1] L. 10, Ulpien, § 3, *Mandati*.
[2] L. 24, Africanus, *De præscriptis verbis*.
[3] L. 34, Africanus, pr. *Mandati*.
[4] L. 11, *De neg. gestis*, D. Adde L. 11, *De usuris*, D.

à dire sur la responsabilité du mandataire, qu'en principe il n'est pas responsable du cas fortuit, mais qu'il pourrait s'en charger par une convention expresse[1].

2° *Obligations du mandant.*

47. L'obligation du mandant, comme celle du mandataire, ne saurait naître d'un contrat ayant pour objet un fait illicite. Si un tel mandat a été exécuté, les condamnations, les frais, en un mot, toutes les conséquences du délit restent aux risques et périls du mandataire. *Nec enim ulla communicatio justa damni ex maleficio est*[2].

Il en sera encore de même si le mandat a eu lieu dans l'intérêt du mandataire seul : *tua tantum gratia*[3]. Ainsi, par exemple, je vous mande de placer vos fonds à intérêt plutôt que d'acheter des terres, ou *vice versa*. A vrai dire, dans cette hypothèse, il y a plutôt conseil que mandat, et le conseil, de sa nature, n'a rien d'obligatoire, à moins qu'il ne soit frauduleux; on est libre de le rejeter ou de le suivre[4].

Cependant, si le mandataire n'eût point agi sans le mandat donné, même dans son seul intérêt, le mandant sera tenu : *Si non esses facturus nisi ego mandassem, etsi mea non interfuit, tamen erit mandati actio*[5]. Julien[6] nous en donne un exemple. Un héri-

[1] L. 39, Neratius, *Mandati.*
[2] L. 1, Ulpien, § 14, in fine, *De tutelæ et rat. distrah.* Adde Institutes, liv. III, tit. XXVI, § 7.
[3] Institutes, tit. XXVI, liv. III, pr.
[4] L. 2, Gaïus, § 6, *Mandati.* L. 47, Ulpien, *De regulis juris.*
[5] L. 6, Ulpien, § 5, *Mandati.*
[6] L. 32, *ibid.*

tier refuse d'accepter l'hérédité à ses propres risques ; un mandat intervient : l'héritier aura action contre le mandant ; ce n'est plus un conseil, c'est un ordre.

48. Toutes les obligations du mandant peuvent se résumer en un seul mot : *rendre le mandataire indemne.*

En conséquence, il devra :

Rembourser au mandataire toutes les *dépenses* faites de bonne foi ; il n'y a pas lieu d'examiner si le mandant eût pu gérer lui-même l'affaire à moindres frais [1]. *Impendia mandati exsequendi gratia facta, si bona fide facta sunt, restitui omnimodo debent : nec ad rem pertinet quod is qui mandasset potuisset, si ipse negotium gereret, minus impendere.*

Lui payer les *intérêts* des sommes dépensées, et non-seulement après la mise en demeure, ce qui est de droit commun, mais encore toutes les fois que le mandataire aura été obligé d'emprunter lui-même à intérêt, ou de retirer des placements avantageux [2].

Se charger de toutes les *obligations* contractées par le mandataire dans l'accomplissement du mandat : *obligationes suscipere* [3]. Si le créancier refuse d'opérer la novation, le mandant doit garantir le mandataire contre les poursuites qui le menacent [4].

Enfin, il doit l'indemniser de tout *préjudice* même indirect, s'il y a eu mauvaise foi de sa part. Ainsi, par exemple, je vous donne mandat d'acheter un esclave : vous le faites, l'esclave vous vole ; vous aurez contre

[1] L. 27, Gaïus, § 4, *Mandati.* Adde L. 10, Ulpien, § 9, *ibid.* L. 45, Paul, § 6, *ibid.*
[2] L. 12, Ulpien, § 9, *Mandati.*
[3] L. 45, Paul, pr. et § 1, *ibid.*
[4] *Ibid.*, § 2.

moi l'action noxale dans tous les cas; mais de plus, si je savais l'esclave voleur, je serai tenu de réparer la perte que le vol vous cause [1].

Nous avons supposé jusqu'ici le mandat entièrement gratuit. On sait que des honoraires peuvent être promis à titre de récompense. Le payement de ces honoraires constitue non pas seulement un devoir moral, mais une véritable obligation, une nécessité juridique: *Si remunerandi gratia honor intervenit, erit mandati actio* [2].

Si le mandat n'a pas été accompli, en règle générale, les honoraires ne sont pas dus. Cependant il a y exception quand il s'agit des avocats, par cela seul qu'il n'a pas dépendu d'eux de plaider la cause: *Si per eos non stetit quominus causam agant* (L. 38, Paul, § 1, *locati conducti;* L. 1, Ulpien, § 13, *De extr. cogn.*). Et il est bien certain, quoi qu'en ait dit Cujas (*Comm. in lib. III, Resp. Pap. ad leg.* 7 *Man.*), que les avocats sont des mandataires; car tout service gratuit constitue un mandat, tout service récompensé par des honoraires est réputé gratuit.

§ 2. — Obligations vis-à-vis des tiers.

49. L'objet du mandat comprend toute espèce de services rendus par une personne à une autre, pourvu qu'ils soient licites et gratuits. Ces services nous présentent deux ordres de faits qu'il importe ici de bien distinguer. Les uns sont en quelque sorte purement matériels ou intellectuels, mais n'ont en eux-mêmes aucun caractère juridique; ils n'établissent de relation

[1] L. 26, Paul, § 7, *Mandati.*
[2] L. 6, Ulpien, pr. *ibid.*

qu'entre le mandant et le mandataire, comme, par exemple, si je vous mande de donner des leçons à mon fils. Les autres, au contraire, sont de véritables actes juridiques, ils établissent des relations de droit non-seulement entre le mandant et le mandataire, mais encore entre ce dernier et une tierce personne; comme, par exemple, si je vous mande d'acheter pour moi une maison.

Dans le premier cas, c'est un simple fait que le mandant veut obtenir; dans le second, c'est un droit qu'il veut acquérir.

50. Mais comment cette acquisition sera-t-elle possible?

L'acquisition d'un droit résulte toujours d'un acte juridique, c'est-à-dire d'un acte revêtu de certaines formes réglées par la loi. Or, dans les temps primitifs de Rome, ces actes ont un caractère personnel; la substitution d'une personne à une autre n'est pas admise, et il en devait être ainsi; cette substitution a quelque chose de subtil et d'immatériel, incompatible avec une civilisation grossière et formaliste. Aussi on pose en principe qu'on ne peut acquérir aucun droit *per extraneam personam* [1], par l'intermédiaire d'une personne qui n'est pas soumise à notre puissance. Mais souvent le même résultat pourra être obtenu d'une manière indirecte. Le mandataire acquerra le droit en son nom, et le transférera ensuite au mandant.

Quelquefois cette seconde opération est inutile, et néanmoins l'acquisition reste toujours indirecte [2]. Voici comment : la possession n'étant qu'un fait en

[1] Institutes, liv. II, tit. IX, § 5; liv. III, tit. XXVIII.
[2] Ducaurroy, t. I, nos 522, 523 et suiv.

dehors des règles du droit civil, on peut posséder au nom d'autrui : *animo nostro corpore etiam alieno possidemus*[1]; le mandataire possède donc pour le mandant, ou plutôt le mandant possède par l'intermédiaire du mandataire[2], et grâce à cette possession, il acquiert la propriété sur-le-champ, s'il s'agit d'une chose *nec mancipi;* après les délais de l'usucapion, s'il s'agit d'une chose *mancipi.*

51. Ce résultat indirect, dont nous venons de parler, n'est pas toujours possible.

Certains actes résistent en quelque sorte au mandat, parce qu'ils supposent dans la personne qui les accomplit une capacité particulière, capacité intransmissible à un étranger.

Quels étaient ces actes ?

1° Ceux qui avaient lieu dans les comices : le testament, l'adrogation[3];

2° Les actions de la loi : *Nemo alieno nomine lege agere potest*[4];

3° Les actes qui en étaient une fiction : l'*in jure cessio,* la manumission[5], l'adoption[6];

4° Enfin, la mancipation, l'adition d'hérédité et l'acceptilation[7].

Il n'y a qu'une seule personne qui puisse affranchir un esclave, c'est le maître; faire l'adition d'une hérédité, c'est l'héritier ; faire valoir un droit en justice, c'est le possesseur de ce droit ; manciper une chose,

[1] *Pauli Sententiæ,* lib. V, tit. II, § 1.
[2] *Ibid.,* lib. V, tit. II, § 2.
[3] M. Ortolan, *Expl. hist. des Instituts,* t. I, p. 279.
[4] L. 123, Ulpien, *De regulis juris.*
[5] L. 24, Paul, *De manumissis vindicta.*
[6] L. 17, Modestinus, *De appellationibus et relationibus.*
[7] L. 13, Ulpien, *De acceptilatione.*

c'est le propriétaire. Le mandat ici ne pourrait se concevoir que par la représentation de la personne; et c'est là une idée que les Romains repoussaient.

52. Cependant ils finirent par l'admettre dans les instances judiciaires; d'abord dans quelques-unes seulement, puis dans toutes.

Sous les actions de la loi, il n'est permis d'agir pour autrui que dans trois cas [1] :

Pro populo,

Pro libertate,

Pro tutela.

La loi Hostilia y ajoute le cas de vol au préjudice de personnes retenues prisonnières chez l'ennemi, ou absentes dans l'intérêt de la République, et leurs pupilles [2].

Sous l'empire de la procédure formulaire, on établit les *cognitores*, constitués devant le magistrat, en présence de l'adversaire, et au moyen de paroles solennelles [3]. Dès que le *cognitor* a accepté, il confond en quelque sorte sa personne juridique avec celle du mandant; il emprunte à celui-ci sa qualité pour agir; en un mot, il le représente, pour employer une expression moderne, mais très-exacte. La sentence est rendue pour ou contre le mandant, qui seul pourra agir contre la partie adverse ou être actionné par elle, en vertu de la chose jugée [4].

53. Mais les solennités de l'institution du *cognitor* étaient gênantes : on imagina quelque chose de plus simple. On appliqua le mandat aux instances judi-

[1] Institutes, liv. IV, tit. X, pr.

[2] Gaïus, *Comm.*, IV, § 82.

[3] *Ibid.*, § 83.

[4] *Pauli Sententiæ*, lib. I, tit. II, § 4 (sauf le cas de *cognitor* constitué *in rem suam*, *Frag. Vaticana*, 317; C. Th., *De cogn. et proc.*, c. 7).

ciaires ; le *procurator* agit en son propre nom [1], comme *dominus litis*, puis il règle ses comptes avec le mandant. La seule difficulté, nous l'avons vu, c'était le défaut de qualité dans la personne du mandataire; la partie adverse pouvait lui dire : De quel droit agissez-vous contre moi ? Qui m'assure que le véritable *dominus litis* ne viendra pas à son tour me poursuivre ? Cette crainte était fondée; mais elle disparut devant la caution *ratam rem dominum habiturum* [2]. Le *procurator* garantit la partie adverse contre toute poursuite ultérieure, en promettant la ratification du maître et en donnant des sûretés.

54. Bientôt on sentit le besoin de combiner les avantages du *cognitor* avec ceux du *procurator*. Dès le règne d'Alexandre Sévère, le *procurator præsentis*, c'est-à-dire constitué à l'audience par le mandant en personne, mais sans paroles solennelles, est assimilé au *cognitor* ; l'*actio judicati* est donnée au constituant ou contre lui; c'est ce que nous montrent les *Fragmenta Vaticana : Quoniam præsentis procuratorem pro cognitore placuit haberi, domino, causa cognita, dabitur et in eum judicati actio* [3]. Plus tard, on ne distingue même plus s'il y a présence ou non du constituant. Dans tous les cas, le *procurator* représente le *dominus litis*; il faut en excepter l'hypothèse toute spéciale de la *procuratio in rem suam*, dont nous parlerons plus loin; et dans le Digeste, comme dans les Institutes, on lui applique les textes des an-

[1] *Fragm. Vaticana*, 317, 332.
[2] Gaïus, *Comm.*, IV, § 97-98.
[3] *Fragm. Vaticana*, § 331. Adde : *ibid.*, § 317 ; *Pauli Sententiæ*, lib. I, tit. III, § 1 ; C. Th., *De cognit. et procur.*, c. 7 ; *sic* Ducaurroy, t. II, n° 1302 ; M. Ortolan, t. II, p. 579.

ciens jurisconsultes qui concernaient le *cognitor;* le nom même de ce dernier disparaît [1].

55. Le principe de la représentation ne fut pas étendu aux autres actes solennels; en conséquence, ils restèrent en dehors du domaine du mandat.

Quant aux actes non solennels, ils furent accomplis par le mandataire en son propre nom, sauf ensuite le règlement des comptes entre les parties. Ici il s'opéra une révolution à peu près analogue à celle qui s'était produite au cas de procuration *in litem*. Du moins les mêmes résultats furent obtenus.

Le mandat tel que l'avait conçu le droit civil avait dans la pratique deux graves inconvénients:

1° Les parties se trouvaient exposées aux chances de leur insolvabilité réciproque;

2° Les tiers, n'ayant pas action contre le mandant, hésitaient à traiter avec un mandataire dont les ressources personnelles pouvaient être inconnues ou douteuses, tandis qu'elles auraient eu parfaite confiance dans celle du mandant.

Ces inconvénients étaient surtout sensibles dans les affaires commerciales, qui, de leur nature, exigent un grand nombre d'intermédiaires, et s'alimentent par le crédit.

56. Aussi ce fut d'abord en pareille matière que le remède fut apporté, grâce aux actions institoires et exercitoires.

On appelle *institor* une personne préposée à une opération commerciale. *Institor appellatus est ex eo quod negotio gerendo* instet, *nec multum facit tabernæ sit præpositus, an* cuilibet alii negotiationi [2].

Il y a opération commerciale toutes les fois qu'il

[1] L. 30 et L. 61, Paul, *De procuratibus*. L. 4, Ulpien, *De re judicata*.
[2] L. 3, Ulpien, *De institoria*. Adde Institutes, liv. IV, tit. VII, § 2.

s'agit non pas seulement de conserver un bien ou d'en percevoir les revenus, mais de recueillir des bénéfices. Cela résulte clairement d'un texte de Paul, ainsi conçu : *Si cum villico alicujus contractum sit, non datur in dominum actio; quia villicus propter fructus percipiendos, non* propter quæstum, *præponitur* [1].

Ulpien [2] nous donne de nombreux exemples d'*institores*. Il cite :

Les individus chargés de la garde d'un édifice ou concierges (*insularii*); de placements à intérêt; de l'exploitation d'un champ; d'une ferme de revenus (*redempturis faciendis*) [3].

Les préposés à un comptoir (*in mensa præpositi*);

Les merciers ambulants (*circitores*);

Les muletiers ou cochers (*muliones*);

Les foulons, ravaudeurs (*fullones, sarcinatores*);

Les colporteurs;

Les palefreniers (*stabularii*);

Les entrepreneurs de pompes funèbres (*pollinctores*);

Les garçons boulangers, toutes les fois qu'ils sont employés par une autre personne, et, en général, tous ceux auxquels on confie la vente de marchandises.

57. L'*institor*, qu'il soit libre ou esclave, mineur ou majeur, capable ou incapable [4], oblige son maître vis-à-vis des tiers [5]; mais la réciproque n'est pas

[1] L. 16, Paul, *De institoria*.

[2] L 5, Ulpien, *ibid*.

[3] Dans ces deux derniers cas, il semble qu'il n'y a pas *quæstus*, condition essentielle, suivant Paul; mais il faut considérer qu'il s'agit ici de faire naître certains fruits, certains bénéfices, non de les recueillir quand ils existent déjà, comme dans l'hypothèse du *villicus*.

[4] L. 7, Ulpien, § 1, *ibid*.

[5] L. 1, *ibid*.

vraie, du moins en thèse générale [1]; car le préposant aura action contre les tiers s'il est en danger de perdre sa chose, et s'il n'a aucun autre moyen de la sauver: *si rem amissurus sit* [2], *si modo aliter rem suam servare non potest* [3]; par exemple, si les biens de l'*institor* sont saisis.

Dans quelles limites le préposant est-il tenu? Dans les limites du mandat donné jusqu'à concurrence des actes qu'il a confiés à l'*institor*: *duntaxat ad id ad quod eum præposuit.*

La justice exigeait d'une manière impérieuse cette restriction, autrement l'une des parties serait à la merci de l'autre; et l'action institoire, loin de favoriser le commerce, le rendrait presque impossible.

58. L'action exercitoire est accordée contre l'*exercitor*, c'est-à-dire contre l'armateur d'un navire, à raison des engagements contractés par le capitaine, soit pour les besoins de la navigation, *ad navis causam* [4], soit pour le transport des marchandises ou des passagers [5].

Cette action produit les mêmes effets que l'action institoire, sauf en deux points :

1° Elle est admise pour les engagements contractés par le préposé du capitaine, même si cette substitution a eu lieu à l'insu ou contre le gré de l'armateur;

2° Si l'armateur est sous puissance d'autrui, et qu'il exerce sa profession avec le consentement du maître ou du père de famille, ce dernier est tenu *in solidum* [6].

[1] L. 1, Ulpien, § 1, *De institoria.*
[2] L. 5, Paul, *De stip. præt.*
[3] L. 2, Gaïus, *De institoria.*
[4] L. 1, Ulpien, § 8, 9, 11, *De exercitoria.*
[5] *Ibid.*, § 12.
[6] *Ibid.*, § 19.

S'il s'agissait d'un *institor*, les tiers n'auraient que l'action tributoire, jusqu'à concurrence du pécule.

La raison de cette différence est que l'armement des navires intéresse la chose publique au plus haut degré. *Quia ad summam rempublicam navium exercitio pertinet* [1]. On se souvient, en effet, que Rome attendait avec une impatience menaçante les flottes qui lui apportaient d'Égypte ou d'Afrique les énormes chargements de blé nécessaires à sa nourriture.

L'*exercitor*, comme le préposant, n'a aucune action, en principe, contre les tiers; mais le préfet de l'annone dans la capitale, et les présidents dans les provinces, lui accordent un secours extraordinaire [2].

On le voit, la représentation de la personne n'était pas complète; mais elle était bien près de l'être.

59. Elle s'étendit bien vite des affaires commerciales aux transactions ordinaires de la vie. Ainsi : je vous donne mandat d'emprunter une somme pour moi. Le prêteur pourra me poursuivre, même si vous êtes solvable, par une action utile *ad exemplum institoriæ* [3].

Si le mandat a pour objet un achat ou une vente, l'action utile *ex vendito* ou *ex empto* est accordée pour ou contre le mandant, toujours *ad exemplum institoriæ* [4].

De tout cela on peut conclure que, sous les jurisconsultes romains classiques, à l'époque de Papinien,

[1] L. 1, Ulpien, § 19, *De exercitoria*.

[2] *Ibid.*, § 18.

[3] L. 10, Ulpien, § 5, *Mandati*. L. 31, pr. Papinien, *De neg. gestis*. L. 19, pr. Papinien, *De institoria*. C. 5, *De institoria et exercitoria*.

[4] L. 13, Ulpien, § 25, *De actionibus empti et venditi*. — Citation d'une réponse de Papinien.

Ulpien et Paul, le mandataire représente le mandant, sinon aux yeux du droit civil, du moins aux yeux du droit prétorien; il le représente si bien que si le mandataire agit contre l'intention du mandant, il devra être repoussé par une exception [1].

Dès lors, les tiers se trouvent en rapport direct avec le mandant; toutefois le mandataire reste encore tenu vis-à-vis d'eux; car Ulpien nous apprend qu'ils peuvent choisir, pour diriger leurs poursuites, entre le capitaine et l'armateur [2].

SECTION II. — Actions.

60. Nous avons achevé l'examen des divers droits qui naissent du mandat, soit entre les parties contractantes, soit entre l'une d'elles et les tiers. Il nous reste maintenant à voir comment ces droits se réalisent dans la pratique, en un mot, quelle est leur sanction, leur procédure.

Nous ne répéterons pas ici tout ce que nous avons déjà dit à propos du louage.

Les actions des parties l'une contre l'autre sont des actions de bonne foi [3] et en produisent tous les effets (V. nos 26 et 27).

L'action du mandant est appelée *directa*, parce qu'elle est la conséquence nécessaire et immédiate de la convention.

L'action du mandataire est appelée *contraria*, parce qu'elle dépend de certains événements postérieurs au contrat [4].

[1] L. 28, Ulpien, *De procuratoribus*.
[2] L. 1, Ulpien, § 17, *De exercitoria*.
[3] Institutes, liv. III, tit. XXII.
[4] L. 12, Ulpien, § 7 et 9, M. Ortolan, t. II, p. 294.

61. L'action *directa* entraîne pour le mandataire condamné une note d'infamie [1]; c'est là une des traces du caractère religieux dont le mandat était revêtu dans les temps antiques. Il y a violation de la foi promise.

Néanmoins, ce résultat n'a pas lieu s'il y a eu transaction entre les parties [2]. Je serais porté à croire qu'il en est de même quand le mandataire a été plutôt inexact qu'infidèle, quand il y a faute de sa part et non dol [3]. En effet, nous voyons qu'en principe l'action *contraria* n'entraîne point la note d'infamie; et pourquoi? Parce qu'en général le mandataire demande une indemnité fondée sur des calculs, non sur la mauvaise foi du mandant: *Contrario judicio damnatus, non erit infamis; nec immerito, nam in contrariis judiciis non de perfidia agitur, sed de calculo* [4].

Si, par hasard, il y a manque de foi de la part du mandant, il sera noté d'infamie aussi bien que le mandataire : *Verbis mandati notatur non solum qui mandatum suscepit, sed et is qui fidem quam adversarius secutus est non præstat, ut puta, fidejussi pro te et solvi, mandati te si condemnavero, famosum facio* [5]. D'ailleurs les expressions de l'édit sont générales : *mandati condemnatus* [6]. Ainsi, c'est donc toujours la présence du dol qui détermine le caractère infamant de la condamnation.

62. Les actions *directa* et *contraria* sont toutes les

[1] Institutes, liv. IV, tit. XVI, § 2.
[2] L. 7, Paul, *De his qui notantur infamia.*
[3] *Sic* Ducaurroy, t. II, n° 1371, al. 2.
[4] L. 6, Ulpien, § 7, *De his qui notantur infamia.*
[5] L. 6, Ulpien, § 5, *ibid.*
[6] *Ibid.*

deux conçues *in jus*; il n'en est pas de même des actions accordées aux tiers contre le mandant, ou au mandant contre les tiers; ce sont des actions utiles conçues *in factum*; elles ne peuvent poser une question de droit civil, puisqu'elles émanent de l'autorité prétorienne.

L'action est encore *in factum*, même entre les parties, mais dans un seul cas, c'est le cas de l'*agrimensor*: le droit civil ne voyait point en lui un mandataire; le droit prétorien le considère comme tel et le soumet à une action *in factum*. Cette action sera perpétuelle, parce qu'elle émane d'un véritable contrat de mandat, *a suscepto negotio*[1], toutes les actions, même prétoriennes, qui émanent d'un contrat sont persécutoires de la chose[2], et par suite, perpétuelles: *In honorariis actionibus sic esse definiendum Cassius ait: ut quæ rei persecutionem habeant, hæc etiam post annum darentur*[3].

63. Le droit civil ne reconnaissait pas non plus comme susceptible d'être réclamé en justice le salaire du mandataire; le préteur ici n'accorde pas d'action *in factum*; il prend un autre moyen: il établit une *cognitio extraordinaria*. Le mandataire réclame directement ses honoraires devant le magistrat, qui juge souverainement en droit et en fait, sans être lié par la convention des parties sur le montant de la somme[4].

[1] L. 4, Paul, *Si mensor falsum*.
[2] Institutes, liv. IV, tit. VI, § 17.
[3] L. 35, Paul, *De oblig. et act.*
[4] L. 1, Ulpien, § 12, *De extraordinariis cognitionibus*.

CHAPITRE V.

EXTINCTION DU MANDAT.

64. Le mandat s'éteint :

1° Par toutes les causes d'extinction qui sont de droit commun pour les contrats consensuels, comme le mutuel dissentiment, *mutuo dissensu*[1]; l'impossibilité de l'exécution, etc., etc.

2° Par la *révocation*.

Le mandat, étant essentiellement gratuit, constitue pour le mandataire un devoir et non un droit. En conséquence, le mandant est toujours libre de le révoquer. S'il le fait, *rebus integris*, avant tout commencement d'exécution, ce contrat ne produit aucun effet; il disparaît entièrement, *evanescit*. Sinon, le contrat est annulé pour l'avenir; mais il subsiste dans le passé et le mandataire pourra répéter ses impenses[2].

65. Cette faculté de révocation, quoique générale, n'est pas absolue.

Il y a d'abord une hypothèse où elle se trouve nécessairement exclue : c'est le cas d'un mandat qui serait la conséquence d'un autre contrat. Ainsi, par exemple, je stipule de vous pour moi et Seïus; par le seul fait de cette stipulation, Seïus est constitué mon mandataire à l'effet de recevoir le payement; mais je ne saurais le révoquer, car sans cela j'aggraverais votre position de débiteur, ce que la bonne foi et le droit civil m'interdisent également : nous sommes liés par le texte même des paroles de la stipulation[3].

[1] Institutes, liv. III, tit. XXIX, § 11.
[2] L. 15, Paul, *Mandati vel contra*.
[3] Institutes, liv. III, tit. XIX, § 4. L. 12, Ulpien, § 3, *De solutionibus*.

En dehors de cette hypothèse, nous trouvons la faculté de révocation sinon supprimée, du moins limitée au cas de *procuratio ad litem*.

Tant que les parties se trouvent *in jure*, rien n'est changé dans leur position respective; mais quand la première phase de la procédure est accomplie, quand la formule est délivrée, que la *litis contestatio* a eu lieu, alors une espèce de quasi-contrat judiciaire intervient entre les parties, quasi-contrat en vertu duquel chaque plaideur s'oblige à suivre le cours de l'instance judiciaire et à subir les effets de la sentence [1]. Révoquer le *procurator*, c'est changer l'état de choses fixé par la *litis contestatio*, c'est modifier la formule qui fait la loi des parties. Un acte d'une pareille gravité ne peut être laissé au caprice du maître.

En conséquence, la révocation aura lieu, mais elle n'aura lieu qu'après enquête, par-devant le préteur, *causa tamen prius cognita* [2].

Voici quels seront les principaux éléments de l'enquête ou motifs de révocation :

L'âge du *procurator* [3];

Son caractère sacerdotal (*religionis beneficium*) [4];

Sa mise en suspicion; son emprisonnement ou captivité [5];

La distraction que peuvent lui causer des maladies, des procès publics ou privés, de grandes affaires personnelles [6];

[1] M. Ortolan, t. II, p. 500.
[2] L. 17, Ulpien, pr. *De procuratoribus*.
[3] L. 17, § 2, *ibid.*
[4] L. 18, Modestinus, *ibid.*
[5] L. 19, Ulpien, *ibid.*
[6] L. 20, Paul, *ibid.*

Son exil ou sa fuite;

Des inimitiés survenues[1];

Une alliance (*adfinitas*) contractée avec l'adversaire, ou le fait d'être devenu son héritier[2];

Un long voyage entrepris, et autres causes semblables[3].

Du reste, on suppose toujours dans ces diverses hypothèses que la révocation est repoussée par la partie adverse. Le mandataire lui-même n'a pas le droit de s'y opposer, excepté :

S'il défend son honneur contre les attaques du mandant;

S'il prouve qu'il est *procurator in rem suam;*

S'il veut exercer sur l'objet du litige quelque droit de rétention, et que le maître refuse de le désintéresser[4].

66. 3° Par la *renonciation.*

Le mandataire peut renoncer au mandat après l'avoir accepté, mais sa renonciation ne doit pas être intempestive; elle doit avoir lieu assez tôt pour que le mandant puisse encore exécuter la chose par lui-même ou par une autre personne[5].

Néanmoins, cette règle est dominée par un principe supérieur, en vertu duquel un service gratuit ne doit jamais être pour nous une cause de perte, une occasion de ruine: *nemini officium suum damnosum esse*[6].

En conséquence, la renonciation du mandataire pourra être tardive ou intempestive, s'il invoque de

[1] L. 21, Gaïus, § 2, *De procuratoribus.*
[2] L. 22, Paul, *ibid.*
[3] L. 25, Ulpien, *ibid.*
[4] L. 25, *ibid.*
[5] L. 22, Paul, § 11, *Mandati.* Institutes, liv. III, tit. XXVI, § 2.
[6] L. 61, Africanus, § 5, *De furtis.*

légitimes excuses, *si justa causa intercessit* [1]; par exemple :

Une maladie;

Une inimitié capitale, survenue entre lui et le mandant [2];

L'insolvabilité de ce dernier (*inanes rei actiones*) [3];

Un voyage nécessaire [4].

67. 4° *Par la mort du mandataire* [5].

5° *Par la mort du mandant* [6].

Néanmoins, si le mandataire, ignorant la mort du mandant et ayant de justes motifs pour l'ignorer, a exécuté le mandat, il aura l'action *mandati contraria* contre les héritiers [7]. Ce n'est là, du reste, que l'application d'une règle plus générale : Quelle que soit la cause de la dissolution du mandat, cette dissolution est indifférente au mandataire qui l'ignore, et qui justifie d'une *justa et probabilis ignorantia*. Ainsi, par exemple, votre créancier vous donne mandat de payer à son esclave Seïus; vous payez; dans l'intervalle, l'esclave a été affranchi, ou aliéné, ou révoqué de ses fonctions à votre insu : le payement n'en est pas moins régulier [8].

Il y a des mandats qui ne s'éteignent pas par la mort du mandant: ce sont les mandats *post mortem*.

Si ut post mortem sibi monumentum fieret quis mandavit, heres ejus poterit mandati agere [9]. *Idem est et*

[1] Institutes, liv. III, tit. XXVI, § 2. L. 23, Hermogenianus, *Mandati.*
[2] L. 23, Hermogenianus, *Mandati.*
[3] L. 24, Paul, *ibid.*
[4] *Pauli Sententiæ*, lib. II, tit. XV, § 1.
[5] L. 27, Gaïus, § 3, *Mandati.* Institutes, liv. III, tit. XXVI, § 10.
[6] L. 20, Paul, pr. *Mandati.* Institutes, *ibid.*
[7] Institutes, *ibid.*
[8] Institutes, *ibid.* L. 51, Paul, *De solutionibus.* L. 11, Ulpien, *Deposit.*
[9] Ulpien, L. 12, § 17, *Mandati vel contra*, D.

si mandavi tibi ut post mortem meam heredibus meis emeres fundum[1].

Les deux derniers modes d'extinction que nous venons d'exposer font du mandat un contrat à part, un contrat tout personnel, qui ne lie point les héritiers des parties; il n'y a rien là qui doive nous étonner, car il s'agit d'une affaire de confiance, et rien au monde n'est plus personnel que la confiance, pour celui qui la donne comme pour celui qui la reçoit.

CHAPITRE VI.

DES DIVERSES APPLICATIONS DU MANDAT.

68. Il semble qu'après avoir montré les caractères essentiels du mandat, la manière dont il se forme, ses effets, ses modes d'extinction, on a suffisamment mis en lumière le rôle qu'il jouait en droit romain; cependant il n'en est pas ainsi. Pour que le rôle du mandat nous apparaisse tel qu'il était, pour en avoir une idée complète, il ne suffit pas de l'étudier d'une manière en quelque sorte abstraite et isolée, il faut le suivre dans la vie pratique et le voir se mêler aux autres actes juridiques, qu'il modifie par sa présence et qui le modifient à leur tour.

Les principaux de ces actes sont :

L'instance judiciaire;

L'intercession;

La cession de créances.

[1] Gaïus, L. 13, *ibid.*

§ 1. — Du mandat appliqué à l'instance judiciaire, ou procuratio ad litem.

69. Nous avons déjà donné des détails sur la *procuratio ad litem*, en exposant les relations que crée le mandat vis-à-vis des tiers. Nous ne reviendrons pas ici sur l'histoire des *cognitores* et des *procuratores*, et sur les distinctions qui les séparaient dans l'origine, puis finirent par disparaître. Nous voulons seulement indiquer deux choses: d'une part, ce que l'action, dans sa formule, présentait alors de spécial; d'autre part, ce que le mandat lui-même offrait de particulier.

70. La *formule* d'une action comprend (en général du moins) trois parties: l'*intentio*, qui établit le point de droit; la *demonstratio*, qui expose les faits; la *condemnatio*, qui détermine la sentence.

L'*intentio* comprend nécessairement et toujours le nom du demandeur; elle comprend aussi le nom du défendeur, toutes les fois qu'il s'agit d'action personnelle. En effet, elle a pour but de préciser le point de droit, la prétention des parties. Or, comment préciser un droit, c'est-à-dire une relation entre deux personnes, sans indiquer les termes de la relation? Quelquefois, il est vrai, un seul suffira, parce qu'en fait un seul se trouve déterminé (c'est ce qui arrive quand il s'agit d'un droit réel); mais enfin, il nous faut au moins un de ces termes. Dès lors, quel que soit celui qui agisse en justice, l'*intentio* contiendra toujours le nom de celui à qui appartient le droit invoqué, et s'il s'agit d'obligations, le nom de celui contre qui il est invoqué.

Dans la *condemnatio*, la même nécessité ne se présente pas; au contraire, ce sont les plaideurs seuls qui

se trouvent en présence : qu'ils agissent pour eux ou pour d'autres, en leur nom ou au nom d'autrui, peu importe; la condamnation doit être prononcée, dans tous les cas, contre celui qui a perdu au profit de celui qui a triomphé. C'est ce que Gaïus résume, avec autant de concision que d'élégance, par ces mots : *Qui alieno nomine agit, intentionem quidem ex persona domini sumit, condemnationem autem in suam personam convertit* [1].

Puis il nous cite aussitôt un exemple d'une formule conçue *procuratorio nomine :*

Si paret Numerium Negidium Publio Mœvio (le *dominus litis*) *sestertium X millia dare oportere, — judex Numerium Negidium Lucio Titio* (le *procurator*) *sestertium X millia condemna. Si non paret, absolve* [2].

71. Arrivons maintenant à ce que le mandat *ad litem* contient de particulier. Ces particularités consistent surtout en deux sortes de restrictions; l'une qui s'applique à l'objet; l'autre, au sujet de la *procuratio.*

Quant à l'*objet,* la *procuratio ad litem* n'est pas admise dans le cas d'actions populaires [3].

La raison en est que les actions populaires étant ouvertes à tous, parce qu'elles tendent à protéger les intérêts de tous (*eam popularem actionem dicimus, quæ suum jus populi tuetur* [4]), peu importe qu'elles soient exercées par l'un plutôt que par l'autre. Mais si l'intérêt privé se mêle à l'intérêt public, alors la faculté d'agir par procureur reparaît; par exemple, si on se plaint de la

[1] Gaïus, *Comm.*, IV, § 86.
[2] *Ibid.*
[3] L. 42, Paul, *De procuratoribus*. L. 5, Paul, *De popularibus actionibus.*
[4] L. 1, Paul, *De popularibus actionibus.*

violation d'une sépulture ou du mauvais état d'une route, etc. [1].

Quant au *sujet*, nous rencontrons des limites de capacité qui sont, en général, étrangères au mandat.

En effet, qu'il s'agisse de la capacité du mandataire vis-à-vis du mandant, ou de sa capacité vis-à-vis des tiers, dans tous les cas, on reste dans les termes du droit commun; celui qui contracte avec un incapable subit les conséquences de sa négligence.

Mais ici il n'en est plus de même : le plaideur n'est pas libre de suivre l'instance ou de l'abandonner, le *procurator* de la partie adverse lui est imposé; il a donc besoin de garanties. Aussi ni la femme (excepté quand elle agit pour son père ou pour sa mère, en cas d'empêchement d'un autre procureur, et après enquête [2]), ni le militaire, ni le malade incurable, ni le sourd-muet, ni celui qui va s'absenter *rei publicæ causa*, ni celui qui va occuper une magistrature, ni celui qui ne peut être contraint de subir un jugement, ne peuvent être *procuratores ad litem* [3].

En sens inverse, toute personne peut agir par procureur, excepté l'agent de la ville (*civitatis actor*), en ce qui concerne les affaires publiques [4].

§ 2. — Du mandat appliqué à l'intercession.

72. *Intercedere*, c'est prendre à sa charge la dette d'autrui, *suscipere in se alienam obligationem* [5] — s'obliger pour une autre personne, *pro alio reus fieri*; de

[1] L. 42. Paul, pr. *De procuratoribus*.
[2] L. 41, Paul, *ibid.*
[3] L. 54, Paul, *ibid.* L. 43, Paul, *ibid.*
[4] L. 74, Ulpien, *ibid.*
[5] L. 2, Ulpien, § 1 et 5, *ad S. C. Velleianum*.

manière, soit à la libérer immédiatement, soit à rester obligé avec elle et pour elle [1].

L'*intercessio* peut avoir lieu de diverses manières; et d'abord *verbis*, au moyen de paroles solennelles. C'est ce qui a lieu au cas d'*adpromissio*, quelle que soit d'ailleurs la forme qu'elle présente. Au fond, l'*adpromissio* n'est qu'une espèce de mandat [2]; le promettant principal donne mandat à ses *sponsores*, ses *fidepromissores*, ses *fidejussores*, de s'obliger pour lui, et ce qui le prouve, c'est qu'il peut être poursuivi par eux en cette qualité par l'*actio mandati* [3]. Nous ne pouvons entrer ici dans des détails sur la *sponsio*, la *fidepromissio* et la *fidejussio*, qui nous entraîneraient dans une matière toute spéciale, en dehors de notre sujet.

73. Mais l'*intercessio* n'avait pas toujours lieu au moyen de paroles solennelles; quelquefois un simple mandat ordinaire, résultant du seul consentement des parties, suffisait pour la constituer. Dans ce cas, ce n'est plus le mandataire qui garantit la dette d'autrui, c'est le mandant; celui-ci prend alors le nom de *mandator*. Ainsi, par exemple, je suis votre débiteur; vous me poursuivez, je vous délègue *Titius*, dont je suis créancier, et vous donne mandat pour stipuler de lui ce qu'il me doit. Vous vous trouvez alors avoir deux débiteurs au lieu d'un, *Titius ex stipulatu*, et moi *ex mandato* [4].

Cette délégation avait souvent lieu avant Justinien,

[1] V., sur l'*intercessio* en général et les *mandatores* en particulier, M. Ortolan, t. II, p. 214, 215, 288 et 289.

[2] On peut voir au Digeste, au titre *Mandati vel contra*, les textes nombreux qui se rapportent à la fidéjussion.

[3] Gaïus, *Comm.*, III, § 127.

[4] L. 45, Paul, § 7, *Mandati*. Adde L. 22, § 2, *ibid.*; L. 26, § 2, *ibid.*; Institutes, liv. III, tit. XXVI, § 2.

au cas de fidéjussion; car, à cette époque, les poursuites intentées par le créancier contre l'un des fidéjusseurs libéraient les autres, et même le débiteur principal, *et vice versa;* alors le fidéjusseur poursuivi donnait mandat au créancier d'agir à ses risques et périls contre le débiteur principal; le fidéjusseur obtenait ainsi un délai, et le créancier un double recours.

Il y a encore une véritable intercession lorsque je vous mande de prêter vos fonds, soit à intérêt, soit sans intérêt à telle personne déterminée [1]. Je suis alors responsable envers vous de la solvabilité de l'emprunteur.

Les mêmes règles qui régissent les autres modes d'intercession sont communes au mandat, du moins en général.

Ainsi, par exemple, il peut garantir les mêmes obligations que la fidéjussion : *Neque enim multum referre præsens quis interrogatus fidejubeat, an absens mandet* [2]; il est soumis aux prohibitions du sénatus-consulte Velléien à l'égard des femmes [3]; il participe aux bénéfices de division [4], de discussion [5], de cession d'actions.

74. Néanmoins, il existe quelques différences assez notables entre le *mandator* d'une part, et de l'autre le *sponsor, fidepromissor* ou *fidejussor* :

1° Le *mandator* ne sera jamais admis à invoquer des exceptions personnelles au débiteur principal,

[1] Institutes, liv. III, tit. XXVI, § 2, 5 et 6.

[2] L. 32, Julianus, *Mandati.*

[3] L. 6, Ulpien, et 7, Papinien, *ad S. C. Velleianum.*

[4] L. 7, Papinien, *De fidejussoribus, et nominatoribus, et heredibus tutorum et curatorum.*

[5] *Novell. collatio*, I, tit. IV, cap. I.

comme par ex. la *restitutio in integrum* pour cause de minorité. Le *fidejussor* pourra l'être selon les circonstances, *causa cognita*. Ce dernier a pu ignorer la minorité du débiteur principal; mais le *mandator* qui l'a désigné, en quelque sorte, au choix du créancier, est dans une tout autre situation. ***Facilius in mandatore dicendum erit non debere ei subvenire, hic enim velut adfirmator fuit et suasor, ut cum minore contraheretur*** [1];

2° Le mandat, même lorsqu'il sert d'intercession, reste toujours un contrat principal, il ne devient pas un contrat accessoire. D'où il suit que le ***mandator*** ne sera pas libéré par les poursuites dirigées contre le débiteur, ni réciproquement [2]; que le ***mandator***, en payant le créancier, paye sa propre dette, paye en son nom propre, ***propter mandatum enim suum solvit et suo nomine*** [3]; que, même après ce payement, le débiteur reste tenu, et les actions peuvent être cédées contre lui [4].

§ 3. — Du mandat appliqué à la Cession des créances.

75. Nous avons vu (n°s 50 et suiv.) qu'on ne pouvait acquérir par une personne étrangère ni droit réel ni droit personnel. La conséquence de ce principe fut l'impossibilité de céder une créance. En effet, si cette cession eût été permise, le principe aurait en quelque sorte disparu; la créance acquise au nom d'une personne eût été immédiatement transférée à une autre,

[1] L. 13, Ulpien, pr. *De minoribus viginti quinque annis*.
[2] L. 27, Gaïus, § 5, *Mandati*. L. 15, Ulpien, *De fidejussoribus*. L. 71, Paul, *ibid*.
[3] L. 28, Ulpien, *Mandati*.
[4] L. 28, Ulpien, *Mandati*. L. 76, Modestinus, *De solutionibus*.

et ainsi l'acquisition indirecte se serait trouvée consommée.

Il est vrai que cette translation de droits était admise quand il s'agissait de droits réels; mais elle ne l'était que sous condition de certaines formes rigoureuses, inapplicables aux droits personnels. La cession *in jure* elle-même, beaucoup plus large que la mancipation, excluait nécessairement les créances; car elle supposait une revendication fictive, et, par suite, l'existence d'un droit de propriété[1].

76. Quant aux raisons métaphysiques par lesquelles on justifie généralement la théorie romaine, nous ne saurions les admettre; on n'en trouve la trace dans aucun texte, et elles nous paraissent peu conformes à la réalité des choses[2]. La créance, dit-on, est un rapport entre deux personnes dont l'une ne peut disparaître sans que le rapport lui-même soit anéanti. Ce raisonnement est inexact. En effet, on conçoit très-bien qu'un rapport reste toujours identique, quoique ses termes changent indéfiniment, pourvu que le changement ait lieu dans une certaine proportion. C'est ce qui arrive dans les calculs mathématiques; c'est aussi ce qui a lieu quand il s'agit de droits réels; car les droits réels sont aussi des rapports établis entre deux personnes, seulement l'une de ces personnes est indéterminée; et si l'on admet qu'une personne quelconque peut jouer vis-à-vis de la société le rôle de propriétaire, on doit, en bonne logique, admettre aussi qu'une personne quelconque peut jouer vis-à-vis d'une autre le rôle de créancière.

77. Quoi qu'il en soit, ce qui est certain, c'est qu'à

[1] Gaïus, *Comm.*, II, § 24.
[2] *Sic* Delsol, thèse de licence.

Rome la cession des créances était impossible [1], du moins d'une manière directe; car on arriva au même résultat par des voies détournées.

Le premier moyen consistait dans une novation; le cessionnaire stipulait du débiteur par ordre du créancier primitif; le débiteur se trouvait ainsi libéré envers le cédant, et tenu *ex stipulatu* envers le nouveau créancier [2]. Le second moyen, plus commode, parce qu'il n'exigeait pas le consentement du débiteur, consistait dans un simple *mandat* donné au cessionnaire par le cédant, pour agir contre le débiteur. C'est là ce qu'on appelle *procuratio in rem suam.*

La *procuratio* est dite *in rem suam*, parce que le *procurator* gère en réalité sa propre affaire; aussi il n'est pas tenu de rendre compte, il garde tout le profit de l'opération. *Si in rem suam datus sit procurator, loco domini habetur* [3].

D'autres conséquences découlent du même principe. Le *procurator in rem suam* ne pourra être révoqué [4]. La mort du mandant n'éteint pas le mandat [5], ni, sans doute, la mort du mandataire; car on avait fini par accorder à ce dernier une action utile, de son propre chef, contre le débiteur cédé [6].

Si le débiteur connaît la cession et qu'il soit poursuivi par le créancier primitif, il peut lui opposer l'exception de dol [7].

Ainsi, en définitive, on obtient tous les résultats

[1] Gaïus, *Comm.*, II, § 38.
[2] Gaïus, *ibid.*
[3] L. 13, Paul, *De pactis.* Adde : L. 42, Paul, § 2, *De procuratoribus.*
[4] L. 25, Ulpien, *ibid.*
[5] C. 1, Gordianus, *De obligationibus et actionibus.*
[6] C. 5, 7 et 8, *De hered. vel act vend.*
[7] L. 16, Ulpien, *De pactis.*

qu'aurait donnés une cession proprement dite de la créance.

78. La *procuratio in rem suam* s'appliquait dans l'origine à toute espèce de créances, sans aucune restriction. Les fameuses lois *Per diversas* et *Ab Anastasio* sont venues modifier cet état de choses.

La première émane de l'empereur Anastase [1]. Elle décide que le cessionnaire d'une créance *litigieuse* ne pourra poursuivre le débiteur au delà de ses déboursés, c'est-à-dire le prix de la cession avec les intérêts. Sont exceptées de cette disposition:

1° Les cessions qui interviennent entre cohéritiers, et qui ont pour objet les actions héréditaires;

2° Les cessions qu'un créancier accepte comme payement, ou un propriétaire comme garantie et sûreté des choses qui lui ont été transmises.

3° Celles qui ont nécessairement lieu entre légataires ou fidéicommissaires de créances ou d'actions.

4° Les cessions faites à titre gratuit.

La seconde émane de Justinien [2]. La constitution d'Anastase est confirmée en principe. Les exceptions qu'elle avait établies sont supprimées, sauf le cas de cession à titre gratuit, et encore faut-il que la donation embrasse la créance tout entière et non une partie.

[1] C. 22, imp. Anastasius, *Mandati vel contra*.
[2] C. 23 et 24, imp. Justinianus, *ibid.*

CHAPITRE VII.

RÉSUMÉ DES DIFFÉRENCES PRINCIPALES ENTRE LE LOUAGE D'INDUSTRIE ET LE MANDAT.

79. Après avoir examiné séparément et avec détails le louage d'industrie d'abord, puis le mandat, nous croyons utile de résumer en quelques mots les principales différences qui existent entre ces deux contrats :

1° Le mandat comprend certains faits qui ne rentrent pas dans la sphère du louage; son domaine est plus vaste. (V. n° 34.)

2° Le mandat admet, dans une certaine limite, et à diverses époques historiques, l'idée de la représentation, idée restée toujours étrangère au louage. (V. n°s 49-59.)

3° Le mandat est essentiellement gratuit. Il ne comporte que des honoraires, c'est-à-dire une récompense plutôt qu'un prix du service rendu, récompense dont le montant est apprécié d'une manière souveraine par le préteur.

4° L'action de mandat emporte une note d'infamie contre le mandataire, et quelquefois même contre le mandant condamné.

5° Enfin, le louage ne s'éteint, ni par la mort du *locator operarum*, ni par la volonté de l'une des parties. Le mandat, au contraire, s'éteint, soit par la mort du mandant, soit par la renonciation ou la révocation du mandataire. Ces traits caractéristiques une dernière fois exprimés, nous poursuivrons maintenant l'étude comparée du louage d'industrie et du mandat dans notre ancien droit français.

DEUXIÈME PARTIE.

ANCIEN DROIT FRANÇAIS.

SOMMAIRE.

CHAPITRE I. — TRANSITION DU DROIT ROMAIN A L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS (80-85). — Persistance du droit romain dans notre ancien droit français (80-82); — Innovations (83-84); — Sources diverses (85).

CHAPITRE II. — LOUAGE DE SERVICES (86-118). — *Considérations historiques sur la condition de ceux qui louaient leurs services sous l'empire de l'ancien droit français* (86-100); — Deux manières de louer ses services (87); — Origine, développement et abolition des corporations (88-94); — Origine et condition des serviteurs (95-99).

§ 1. — *Preuve du contrat* (101).

§ 2. — *Privilége des serviteurs et ouvriers* (102).

§ 3. — *Prescription* (103-105).

§ 4. — *Résolution du contrat* (106-112). — Force majeure (106-108); — Volonté du maître (109); — Mariage du serviteur (110); — Louage perpétuel (111-112).

§ 5. — *Louage des matelots* (113-118). — Nécessité d'un écrit (114); — Exécution par corps (115-116); — Anciens modes de résolution (117); — Lieu du payement des gages (118).

CHAPITRE III. — LOUAGE D'OUVRAGE (119-138).

§ 1. — *Effets du cas fortuit* (120-121).

§ 2. — *Privilége de l'ouvrier* (122-125).

§ 3. — *Prescription* (124-128). — 1° Prescription de l'action de l'ouvrier (124-126); — 2° Prescription de l'action du maître en garantie des ouvrages (127-128).

§ 4. — *Entreprise de transports* (129-138). — Historique des messageries (129-131); — Responsabilité du voiturier (132-137); — Privilége du voiturier (138).

DEUXIÈME PARTIE.

DU LOUAGE D'INDUSTRIE, DU MANDAT ET DE LA COMMISSION *DANS L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS.*

CHAPITRE I.

TRANSITION DU DROIT ROMAIN A L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS.

80. ***Persistance du droit romain dans notre ancien droit français.*** — Entre la chute de l'empire romain et la rédaction de nos Codes, plus de treize siècles s'écoulent. Pendant cette longue période, bien des changements s'accomplissent : des peuples, jusque-là inconnus ou obscurs, envahissent la scène du monde, se mêlent, s'entre-choquent, se séparent, se rapprochent, et fondent enfin les nationalités modernes. Des institutions nouvelles naissent, se développent, s'éteignent à leur tour et font place à d'autres : tout se transforme, la religion, la politique, les arts, les mœurs. Au milieu de ces bouleversements successifs, de ces révolutions profondes, de ces métamorphoses sociales, une chose frappe et étonne au premier abord, c'est la persistance du droit romain. Semblable à ces amphithéâtres gigantesques dont la masse colossale

semble défier les efforts du temps, le droit romain résiste et se perpétue; alors même qu'il n'est plus la loi vivante, on se tourne vers lui, on l'admire, on le considère avec un pieux respect dans son ensemble, on l'étudie avec soin dans ses détails, on le reconnaît, et on le proclame la raison écrite.

81. Cela est vrai surtout de la théorie des contrats. Les contrats ne sont autre chose que les formes par lesquelles se manifestent et s'accordent les volontés particulières. Émanant de la liberté individuelle et du besoin de réciprocité parmi les hommes, ils se meuvent dans une sphère indépendante, en dehors des perturbations politiques. Ils ne sont pas liés à la constitution sociale d'une manière aussi intime que la condition des personnes et l'organisation de la famille ou de la propriété; ils ont quelque chose de moins fugitif, et les principes qui les régissent se transmettent fidèlement, de siècle en siècle, par l'intermédiaire de la science.

Du reste, il faut ajouter que la théorie des contrats est peut-être ce que les jurisconsultes romains nous ont laissé de plus parfait; nulle autre part on ne rencontre chez eux une subtilité d'esprit si pénétrante, une logique si rigoureuse, une analyse si exacte, un style si admirable d'élégance et de précision.

82. Il n'y avait donc pas à créer dans cette matière: on adopta les règles déjà tracées. Il en fut ainsi pour tous les contrats en général, et pour le louage d'industrie et le mandat en particulier.

Tout nous atteste cette persistance du droit romain, non-seulement dans les provinces de droit écrit, mais encore dans les provinces de droit coutumier: le silence presque complet des lois barbares, les formules

de Marculf, les formules *Andegavenses* et autres recueils d'actes contemporains conformes aux vieilles traditions, le petit nombre des ordonnances relatives à notre sujet, les dispositions laconiques des coutumes, et enfin les travaux des jurisconsultes français (Loysel, Dumoulin, Cujas, Domat, Ferrière, Pothier, etc.), qui tous ont pour base l'étude des textes du Digeste ou du Code.

83. *Innovations.* — Est-ce à dire que le louage d'industrie et le mandat soient arrivés jusqu'au commencement de ce siècle tels que le droit romain nous les avait laissés? Est-ce à dire que nous n'ayons autre chose à faire qu'à passer de suite, et sans transition, au Code Napoléon et au Code de commerce? Nullement; nous avons voulu indiquer un fait général, mais non absolu. Le droit romain persiste en principe, mais un certain nombre de dérogations exceptionnelles s'introduisent peu à peu; l'ensemble du système domine toujours; les détails subissent des modifications, l'influence du milieu extérieur se fait sentir, et si l'édifice reste debout, il ne se maintient pas identiquement le même. Quelquefois les changements sont notables, d'autres fois presque imperceptibles. Dans tous les cas, ils sont dignes d'attention; car rien de ce qui touche à l'histoire des institutions humaines ne saurait nous être indifférent.

84. De tout cela il résulte que notre ancien droit français se présente à nous, en ce qui touche notre matière, comme une série de dérogations apportées au droit romain, et c'est ainsi que nous comptons l'étudier. Ce point de vue, outre qu'il est le plus exact, aura encore ce double avantage, d'abord de mieux faire ressortir ce que l'ancien droit contenait de vrai-

ment original et de caractéristique, ensuite d'éviter des répétitions inutiles et monotones.

85. *Sources diverses.* — Les innovations introduites remontent à des sources nombreuses et diverses.

Elles émanent :

1° Des édits ou ordonnances de nos rois;

2° Des coutumes;

3° Des interprétations des jurisconsultes;

4° De la jurisprudence;

5° De l'organisation judiciaire;

6° Des institutions féodales, entre autres, de l'organisation industrielle et de la condition des personnes, telle qu'elle était réglée à cette époque;

7° De l'usage.

Nous étudierons successivement d'abord celles qui concernent le louage de services, ensuite celles qui concernent le louage d'ouvrage, enfin celles qui sont relatives au mandat.

CHAPITRE II.

LOUAGE DE SERVICES.

86. *Considérations historiques sur la condition de ceux qui louaient leurs services sous l'empire de l'ancien droit français.* — En droit romain, le louage de services existait parallèlement à l'esclavage; chez nous, il le remplace. Au point de vue économique, il joue le même rôle; et certes ce n'est pas là une des moindres gloires de la civilisation moderne que d'avoir su atteindre, au moyen de la liberté, un résultat au moins

égal, sinon supérieur, à celui qu'obtenait la civilisation antique au moyen de la servitude. Cette transformation ne se fit pas tout d'un coup; elle fut lente et progressive; le louage de services conserva longtemps les traces de son origine; peut-être même ne sont-elles pas encore entièrement effacées.

87. Pour bien comprendre comment les choses se passèrent, il importe de faire une distinction.

Celui qui loue ses services peut se trouver, vis-à-vis de celui qui les reçoit, dans deux positions différentes: ou bien il demeure chez lui et se livre, pendant un certain temps, à un certain travail pour le compte d'autrui; ou bien, au contraire, il n'a pas de domicile propre, il demeure chez son maître, il est attaché à sa maison et employé aux soins de sa personne ou du ménage, ou à toute autre fonction domestique. Il est facile d'apercevoir que, dans le premier cas, celui qui loue ses services a une indépendance beaucoup plus grande; mais, d'autre part, il est isolé, par conséquent faible et misérable, si on le suppose au milieu d'une société anarchique, où le droit disparaît devant la force.

Cette différence de situation explique la différence des destinées.

Les uns formèrent la classe des serviteurs. Les autres les corporations industrielles ou corps de métiers.

88. Quelques mots d'abord sur le sens et l'origine des *corporations industrielles.* On entend par là un système d'organisation dans lequel tous les ouvriers qui se livrent aux mêmes travaux se trouvent *forcément* réunis ensemble, soumis à certaines règles et à une certaine hiérarchie.

Vers la fin de l'empire romain, ce système com-

mençait déjà à se développer; sous les deux premières races, on le trouve à peu près universellement répandu [1]; cela se conçoit; il était en harmonie avec le trait caractéristique des institutions sociales à cette époque : l'*immobilisation de l'homme*, l'hérédité dans toutes les fonctions : l'ouvrier est attaché lui et sa famille à son métier, comme le colon est attaché à la glèbe, le curiale au recouvrement de l'impôt. Ces corporations s'appelaient *collegia*.

Dans les commencements de l'ère féodale, les *collegia* semblent s'effacer, ou du moins ils restent dans l'ombre; mais ils reparaissent bientôt avec les communes dont ils portent la bannière, et qui tendent à s'affranchir.

Les corporations furent alors un grand bienfait : la bourgeoisie naissante ne pouvait échapper au joug de la féodalité que par la concentration de ses forces et l'union de tous ses membres. Malheureusement elles furent empreintes du caractère qui domine dans toutes les institutions de cette époque, l'exclusivisme.

89. L'entrée dans la corporation est d'abord interdite aux forains, c'est-à-dire à tous ceux qui ne sont pas de la même localité. Quant aux autres, il n'y a pour eux que deux modes d'admission : ou l'hérédité, ou l'épreuve des divers degrés d'apprenti, compagnon, maître et juré. De plus en plus on augmente les difficultés du dernier mode; on exige des délais interminables, des dépenses onéreuses, et enfin de prétendus chefs-d'œuvre qui ne sont autre chose qu'une demande d'argent déguisée sous une nouvelle forme.

[1] V. M. Laferrière, *Histoire du Droit*, t. III, p. 402 et suiv.

Pour ajouter à tous ces abus, les corporations ne tardèrent pas à devenir la proie du fisc; et voici comment. A mesure que l'autorité royale grandit en France, les corporations qui se forment s'adressent à elle pour obtenir des *priviléges*, c'est-à-dire le droit de *défendre l'exercice du même métier* à tous ceux qui se trouvent exclus de leur sein. Ces priviléges, le gouvernement royal les accorde, mais il les leur fait payer par des taxes, qui deviennent de jour en jour plus accablantes.

90. En décembre 1582, un édit de Henri III donna à cette institution l'étendue et la forme d'une loi générale.

En avril 1597, un nouvel édit y assujettit même les marchands. Le monopole devint universel : en dehors du cercle de fer des maîtrises et des jurandes, l'industrie était impossible, et la liberté même du travail, la plus utile et la plus respectable de toutes, était méconnue.

Au dix-huitième siècle, grâce aux philosophes et aux économistes, de nouveaux principes se répandent dans la société. On s'occupe d'abord de restreindre, s'il est possible, les abus des corporations, et l'on fait pressentir pour l'avenir des réformes plus radicales. L'arrêt du Conseil du 30 août 1767, dans son préambule, s'exprime ainsi : « Sa Majesté déclare qu'elle a jugé convenable d'expliquer ses intentions, afin de préparer par des règles fixes et invariables le succès d'un plan qui, en ramenant les corps et communautés à leur vrai principe de liberté, ne peut être qu'également utile au commerce et à l'Etat. »

91. En février 1776, un édit célèbre, inspiré et rédigé par un des plus grands ministres de France,

abolit, d'une façon presque complète, les maîtrises et les jurandes. Cet édit contenait ces belles paroles : « Dieu en donnant à l'homme des besoins, en lui rendant nécessaire la ressource du travail, a fait du droit de travailler la propriété de tout homme; et cette propriété est la première, la plus sacrée et la plus imprescriptible de toutes.

« Si le souverain doit à tous les sujets de leur assurer la jouissance pleine et entière de leurs droits, il doit surtout cette protection à cette classe d'hommes qui, n'ayant de propriété que celle de leur travail et de leur industrie, ont d'autant plus le besoin et le droit d'employer, dans toute leur étendue, les ressources qu'ils ont pour subsister. »

92. Mais les efforts de Turgot se brisèrent contre l'opposition de la cour; il succomba, et après sa chute, les maîtrises et les jurandes reparurent. On en créa même de nouvelles à Rouen, à Nancy, à Metz et dans d'autres villes [1].

Il était réservé à l'Assemblée constituante d'abolir un régime, autrefois protecteur, mais devenu oppressif. Elle le fit par la loi des 2 et 17 mai 1791 (art. 2 et 7), et elle proclama solennellement cette abolition dans le préambule de la Constitution des 3 et 14 septembre 1791.

« Il n'y a plus pour aucune partie de la nation ni pour aucun individu aucun privilége, ni exception au droit commun de tous les Français. Il n'y a plus ni jurandes, ni corporations de professions, arts et métiers. »

93. Sous l'Empire, l'idée de rétablir les jurandes et

[1] V. édits d'avril 1777, février 1778, avril et mai 1779, juillet 1780.

maîtrises, au moins dans une certaine mesure, parut se manifester un instant; mais l'opinion publique et le Conseil d'Etat en firent bonne justice [1], et depuis, la liberté de l'industrie a toujours été reconnue comme un des principes fondamentaux de notre organisation sociale.

94. Mais pour rester dans les limites de notre ancien droit français, nous devons dire que les gens de métier n'obtinrent qu'une demi-liberté, libres vis-à-vis des autres classes de la société et réunis en corps; mais esclaves vis-à-vis les uns des autres et considérés comme individus. Sous ce rapport, notre ancien droit vint apporter, dans le louage de services, une importante restriction en ce qui touche la *capacité des parties*, ou au moins de l'une d'elles : l'ouvrier n'est capable de louer ses services qu'à la condition d'appartenir à telle ou telle corporation; la faculté légale de faire un semblable contrat est devenue un *privilége*. Telle fut dans le droit privé la conséquence du système que nous venons d'exposer.

95. Cette restriction de la capacité des parties ne porta point sur ceux que nous avons appelés *serviteurs* [2].

Mais, sous tout autre rapport, leur condition était bien moins indépendante. Elle se rattachait d'une manière plus directe à l'esclavage d'abord et au ser-

[1] V. la discussion de l'art. 1 du *Code de comm.* (Séance du 4 nov. 1806), et le rapport fait à la Chambre de commerce de Paris par M. Vital Roux sur les jurandes et maîtrises (Locré, *C. comm.*, t. I, p. 369 et les renvois).

[2] Nous les avons appelés ainsi, parce que dans l'ancien droit le sens du mot *domestique* est beaucoup plus large; il comprend même des professions qui n'étaient point l'objet du louage de services. Comme nous le verrons plus tard, à propos du mandat, le louage de services n'a pour objet que les services ignobles.

vage ensuite. Nous allons jeter un rapide coup d'œil sur les phases diverses par lesquelles elle passa.

96. Au troisième et au quatrième siècle, avant même l'invasion des Barbares, et sous l'influence du christianisme, un double mouvement se manifeste en sens inverse dans la condition des personnes. D'un côté, le nombre des hommes libres diminue ; de l'autre, l'esclavage s'adoucit ; l'esclave devient colon et serf, l'homme libre se remet entre les mains d'un plus puissant qui devient son maître (plus tard son seigneur), mais qui le protége ; c'est là ce qu'on appelle alors la *recommandation ;* la sécurité s'achète au prix de l'indépendance. Après l'invasion des Barbares, ce phénomène de nivellement continue. Sous les races mérovingienne et carlovingienne, on rencontre une foule de capitulaires qui règlent la condition des serfs; cette condition est bien infime, mais enfin elle n'est plus (du moins en principe) abandonnée à l'arbitraire. Quant à l'usage de la recommandation, il se développe de plus en plus, on pourrait presque dire qu'il est le germe de la féodalité. Les formules des actes de l'époque nous en fournissent de nombreux exemples [1].

97. Au douzième siècle, la condition des serviteurs ne s'est pas encore beaucoup améliorée. Au milieu de bien d'autres documents qui l'attestent, nous trouvons un passage assez intéressant de la charte du consulat d'Arles [2].

Si tamen domini servientes, vel familiam suam, eo

[1] V. entre autres, parmi les formules *Andegavenses* rapportées par M. Giraud (*Essais sur l'Histoire du droit au moyen âge*, t. II, p. 433), la formule II : *Hic est vindicio qui seipsum vindit.* — Ces formules se rapportent à l'année 681.

[2] *Charta consulatus Arelatensis,* à la date de 1142-1145 (M. Giraud, t. II).

quod circa res eorum male versentur, vel turpiter eis respondeant, flagellaverint; vel aliquem vilissimum hominem turpiter respondentem percusserint; illorum consules querimoniam non recipiant, nisi tam atrox injuria fuerit que nec familie, nec alicui libere persone inferenda sit. Il y a encore servitude, servitude qui admet les punitions corporelles, mais qui a sa règle et sa limite. La féodalité exerça une influence assez curieuse en cette matière; elle ennoblit certains services rendus à la personne du seigneur, témoin les pages, les varlets, les écuyers [1]. Mais les autres restèrent abandonnés aux personnes viles, aux gens de *poote*, comme dit Beaumanoir. Quand la féodalité disparaît, quand l'autorité royale prend le dessus, que le servage recule devant les progrès de la civilisation, et que la bourgeoisie grandit par le commerce, l'industrie et les richesses, les serviteurs deviennent des hommes libres, et ce qui le prouve, c'est la sévérité même des règlements de police auxquels on les soumet.

98. En décembre 1540, une ordonnance, rendue par François Ier, fait défense à toute personne de se servir de gens inconnus, sous peine de répondre civilement des crimes et délits commis pendant le temps de leur service.

Deux ordonnances de Charles IX, l'une en date du 21 février 1565, l'autre en date du 25 mars 1567, obligent les particuliers à exiger des domestiques qu'ils reçoivent un certificat en règle exposant les causes et raisons de leur congé. — Une ordonnance du lieutenant général de police de Paris, en date du

[1] V. M. Troplong (*Louage*, t. III, n° 844).

16 octobre 1720, renouvelle et confirme ces prescriptions [1]. Les décrets impériaux des 3 octobre 1810 et 25 septembre 1813 ont établi des règlements à peu près analogues, mais plus en harmonie avec nos mœurs; du reste, en pratique ils ne sont pas exécutés.

Ces règlements de police sont sévères; les lois pénales de l'époque vont encore bien plus loin dans la voie de la rigueur; elles condamnent à l'amende, au carcan et au bannissement le serviteur coupable — de vol peut-être, ou, au moins, de mensonge, de trahison? — Non, coupable d'insolence [2].

99. Voilà pourquoi, en 1793, la Convention nationale croyait devoir proclamer dans sa constitution ce nouveau principe : « La loi ne connaît point de domesticité; il ne peut exister qu'un engagement de soins et de reconnaissance entre l'homme qui travaille et celui qui l'emploie. [3] » Ce n'était point là, comme on l'a dit [4], proclamer une utopie, c'était protester contre un régime qui rappelait encore les vieilles traditions de l'esclavage, c'était déclarer qu'entre celui qui donne ses services et celui qui les reçoit, il n'y a d'autre inégalité que celle qui résulte de leurs conventions réciproques et des engagements qu'elles engendrent.

100. Pour revenir à notre ancien droit français et nous résumer, constatons que, dans le dernier état des choses, le louage de services nous apparaît comme un véritable contrat émanant de personnes libres, bien que tenues dans une certaine dépendance et

[1] M. Duvergier (*Louage*, t. II, 315).

[2] V. M. Duvergier (*ibid.*, n° 276), et l'arrêt qu'il cite, rendu le 9 septembre 1722, contre Pierre Cressel.

[3] Déclaration des droits, art. 15.

[4] V. M. Troplong (*Louage*, t. III, n° 844).

considérées comme exerçant une profession sordide [1].

Ces considérations historiques une fois exposées, nous allons examiner les diverses règles par lesquelles on crut devoir déroger au droit romain.

Ces règles sont relatives :

1° A la preuve du contrat;

2° Aux privilèges qui en résultent;

3° A la prescription;

4° A la résolution du contrat;

5° Au louage des matelots.

§ 1. — Preuve du contrat.

101. La preuve de l'existence du contrat reste sous l'empire du droit commun; mais quand il s'agit des conditions, du payement des gages ou des avances qui ont pu être faites, le maître est cru sur son serment, bien entendu à défaut d'écrit. Cette règle a été établie dans notre ancien droit par une jurisprudence constante. Entre autres arrêts, on en peut citer un du Parlement d'Aix, en date du 1er avril 1667 [2]; un autre du grand Conseil, en date du 1er avril 1704 [3]; deux arrêts du Parlement de Paris, en date des 8 août 1708 et 4 décembre 1764 [4].

Il n'y a pas de doute sur ce point. Quant aux motifs qui ont inspiré cette jurisprudence, nous les examinerons à propos de l'article 1781 du Code Napoléon, qui en est la reproduction exacte.

[1] V. plus loin, nos 123 et suiv.

[2] Rapporté par Boniface, t. I, liv. I, tit. XXXIX.

[3] Rapporté par Brillon, v° GAGES, n° 7.

[4] V. encore Denizart (v° DOMESTIQUES et v° GAGES); Duparc-Poullain (IX, p. 449); Merlin (v° DOMESTIQUES, IV); Ferrière (*Cout. de Paris*, art. CXXVII, 16).

§ 2. — Privilége des serviteurs et des ouvriers.

102. Nous trouvons dans les *Institutes coutumières* de Loysel, ouvrage qui résume les principes du droit coutumier et qui est demeuré célèbre, un article ainsi conçu :

« Dettes privilégiées sont celles qui sont adjugées par sentences, *services de mercenaires...*, par ordonnance de Philippe-Auguste[1] ».

L'ordonnance à laquelle il est fait allusion est du mois de mars 1188.

Il paraît que, sous le nom de *mercenaires*, on ne comprenait pas les serviteurs ou domestiques; car Pothier nous parle d'un privilége sur les meubles accordé, à Paris, *aux domestiques de ville*, pour une année de leurs gages, *en vertu d'un acte de notoriété du Châtelet*, en date du 4 août 1692. Pothier reconnaît que ce privilége est très-favorable, et qu'il devrait être suivi ailleurs; cependant il déclare ne l'avoir point vu employé dans les ordres et distributions[2].

§ 3. — Prescription.

103. « Toutes actions... de *louages de serviteurs...* sont tollues par *an et jour* », nous dit Loysel[3].

Cette prescription existait déjà avant Louis XII; la coutume de Paris, rédigée en 1510, accordait trois ans aux serviteurs et gens de métier; mais la même coutume, réformée en 1580, se conforme à l'ordonnance

[1] Loysel, *Institutes coutumières*, liv. IV, tit. VI, *Du payement*, XIII.

[2] Pothier, *Traité de la procédure civile*, 4e partie, chap. II, art. 7, § 2, in fine.

[3] Loysel, *Institutes*, liv. V, tit. III, *Des prescriptions*, III.

de Louis XII[1]. Cette ordonnance est de l'année 1510.

Voici le texte de l'art. 67; il nous indique à la fois les dispositions du législateur et ses motifs.

104. Art. 67. « Pour ce que souvent plusieurs nos sujets prennent serviteurs *sans faire aucun marché* ni convenance avec eux de leurs loyers et salaires, et durant leurs services baillent argent à leurs dits serviteurs pour leurs dits loyers, *sans en prendre quittance*, lesquels serviteurs, après le décès de leurs maîtres, demandent aux héritiers leurs dits loyers et salaires par fraude et malice, sçachans les dits héritiers n'être informez des payements qu'iceux serviteurs ont reçus durant la vie de leurs dits maîtres, et des convenances qui pourroient avoir été faites avec eux. Et aussi y en a plusieurs qui, longtemps après leur service, demandent leurs loyers par fraude et malice, sçachans que les autres serviteurs, par lesquels se pourroient prouver les payements ou convenances qu'ils auraient avec leurs dits maîtres, sont morts ou se sont absentez, dont nos sujets sont grandement travaillez et molestez, et plusieurs plaintes, procès et querelles en sortent.

« Nous, pour y obvier, ordonnons que les serviteurs, *dedans un an, à compter du jour qu'ils seront sortis* hors de leurs services, demanderont, si bon leur semble, leurs dits loyers, salaires ou gages, et, le dit temps passé, n'y seront plus reçus, ains en seront déboutez par fin de non recevoir; et si ne pourront dans le dit temps demander que les *loyers et gages des trois dernières années* qu'ils auront servi, si ce n'est qu'il y eût convenance ou obligation par écrit des an-

[1] *Coutume de Paris*, ancien art. 199; nouveaux art. 126 et 127.

nées précédentes, interpellation ou sommation suffisante. »

105. Ferrière fait remarquer, sur cet article, qu'il comprend deux chefs : le premier fixe un délai d'*un an* pour l'action des serviteurs après leur sortie ; le second limite à *trois années* les loyers qu'ils peuvent réclamer; mais ce dernier chef n'est applicable qu'au cas où l'action est intentée contre les héritiers, parce qu'alors ils ne sont pas admis à dénier par leur serment l'existence de la dette [1].

Sous le nom de serviteurs on doit comprendre « tant ceux qui servent autour de la personne du père de famille que ceux qui servent pour l'agriculture, et ceux qui travaillent dans les manufactures [2]. » Les *journaliers* qui travaillent à la journée en sont exceptés et soumis à une prescription de *quarante* jours [3].

§ 4. — Résolution du contrat.

106. *Résiliation par suite de force majeure.* En droit romain, outre les causes ordinaires d'extinction des contrats, le louage de services était résolu : par l'expiration du temps convenu pour la durée des services; par la mort du *locator operarum.*

Mais nous avons vu qu'au cas de *force majeure,* suspendant ou interrompant la prestation des services, le contrat subsistait, et que le salaire était dû pour tout le temps convenu. Nous avons combattu la doctrine contraire des interprètes, et nous avons in-

[1] Ferrière, *sur la Coutume de Paris*, art. CXXVII, 16.
[2] Pothier, *Traité des obligations*, n° 709.
[3] Id., ibid., *Coutume d'Orléans*, art. 264.

voqué, à l'appui de notre opinion, la loi 38, D. *Locati : Qui operas suas locavit* totius temporis *mercedem accipere debet, si per eum non stetit quominus operas præstet*, et la loi 23, *ibid.*, qui explique le sens de la loi 38.

107. Dans notre ancien droit français, cette loi était universellement interprétée dans ce sens que l'obstacle à la prestation des services vient du *fait* du *conductor operarum*. Ainsi, par exemple, le salaire sera dû tout entier, si c'est par suite de l'absence du maître que les services promis n'ont pas été rendus; mais, au contraire, il ne sera dû que proportionnellement au temps écoulé, si les services ont été interrompus par la maladie du serviteur.

Loysel, dans ses *Institutes*, pose ce principe absolu : « Celui qui sert et ne pas sert son loyer perd. » C'est-à-dire, ajoute de Laurières, que celui qui se loue pour un certain temps doit servir pendant tout ce temps, sinon qu'il perd son loyer [1].

Pothier applique, purement et simplement, au louage de services les règles du louage des choses, et décide que le maître est bien « fondé à diminuer aux serviteurs une partie du prix de leurs services au prorata du temps que la maladie les a empêchés de les rendre. » Plus loin, il ajoute : « Lorsque les maîtres n'usent pas de leur droit, c'est une générosité de leur part qui, à la vérité, est de bienséance à l'égard d'une personne riche et d'une profession noble. »

Cependant il refuse cette diminution de salaire au

[1] Loysel, *Institutes*, liv. III, tit. VI, *Du louage*, II. V. encore Pocquet de Livonnières (*Règles du droit français*, liv. I, tit. II, sect. IV), *De la puissance des maîtres*; Hermanstann (*De servitute personali*, lib. II, cap. 9-11.)

cas d'une *légère indisposition* : « Le maître a dû compter en quelque façon là dessus, y ayant peu de personnes qui n'aient quelque légère indisposition dans le cours d'une année [1]. »

Ferrière décide de même [2], ainsi que Bartole [3].

108. Mais la jurisprudence se montrait, en général, moins sévère que la doctrine.

Le Grand, sur l'art. 200 de la coutume de Troyes (Glose I, n° 11), remarque deux arrêts des années 1414 et 1483, rapportés par du Luc, en ses arrêts (liv. IV, tit. V, chap. II et XII), qui ont jugé que le temps de la maladie ne devait pas être déduit [4].

Mainard, en ses arrêts (liv. III, chap. XIII), remarque des arrêts conformes du Parlement de Toulouse [5], et il approuve cette jurisprudence dans les termes les plus enthousiastes. C'est, dit-il, « une sainte philosophie qu'on peut choisir pour séparer le licite de l'illicite, l'humanité et équité, des suites fâcheuses de l'avarice et de l'iniquité [6]. »

Enfin, Charondas rapporte une décision semblable, émanée du Parlement de Paris, en date du 26 mars 1556 [7].

Nous croyons que la jurisprudence était non-seulement en harmonie avec le sentiment de l'équité, mais encore fidèle aux textes du droit romain, et dès

[1] Pothier, *Traité du louage*, n° 168.
[2] *Coutume de Paris*, art. CXXVII, 20.
[3] Sur la loi *Si uno*, § *item quum quidam*. D. *Locati conducti*.
[4] Citation de Ferrières *sur la Coutume de Paris*, art. CXXVII, 20.
[5] *Ibid.*
[6] Maynard, *Arrêts*, liv. III, chap. XIII.
[7] Charondas, liv. IX, chap. XXIV; cité par M. Troplong (*Louage*, III, n° 874, in fine, note 4).

lors nous considérons comme une véritable innovation la doctrine de nos anciens auteurs.

109. *Résiliation par la volonté du maître* — Une autre cause de résolution du contrat, c'est la *volonté des parties, ou même de l'une d'elles*, si le louage de services a été conclu sans fixation de durée.

Sur ce point encore, nos anciens auteurs ont innové : ils admettent un droit de résolution en faveur du maître, mais *sans réciprocité*; chose monstrueuse, et qu'aurait désavouée certainement la logique des jurisconsultes de Rome. « A l'égard des serviteurs qui louent leurs services aux bourgeois des villes (dit Pothier[1]), ou même à la campagne, aux gentilshommes, pour le service de la personne du maître, quoiqu'ils les louent à raison de tant par an, ils sont néanmoins censés ne les louer que *pour le temps qu'il plaira au maître* de les avoir à son service. C'est pourquoi *le maître peut les renvoyer quand bon lui semble*, et sans en dire la raison, en leur payant leur service jusqu'au jour qu'il les renvoie. Mais *il ne leur est pas permis de quitter le service de leur maître sans congé...* »

110. *Résiliation par mariage du serviteur ou de l'ouvrier.* — Du temps de Loysel, le louage de services se dissolvait encore, par un mode tout à fait particulier au droit coutumier, par le *mariage* du locateur.

« Il n'y a point de raison en ce qui se dit que *mort et mariage rompent tout louage*, si on ne l'entend de ceux qui meurent ou se marient pendant le temps du louage de leur personne[2]. »

Remarquons, en passant, cette expression « louage

[1] *Traité du louage*, n° 176.

[2] Loysel, *Institutes coutumières*, liv. III, tit. VI, *Du louage*, III.

de *leur personne*; » elle peint, mieux que les plus longues phrases, la condition de ceux qui louaient leurs services à cette époque : on sent qu'on n'était pas encore bien loin de la servitude.

Cette disposition, assez singulière au premier abord, s'explique sans doute par l'idée de l'incompatibilité du mariage avec une position aussi dépendante et le désir de favoriser les unions légitimes.

Quoi qu'il en soit, elle ne tarda pas à disparaître de notre droit, et Pothier la rejette d'une manière formelle; il repousse même, comme cause de résolution, l'enrôlement volontaire[1]; mais il faut observer que Pothier parle ici au point de vue du serviteur. Au cas de mariage, le serviteur ne peut demander la cessation du contrat; mais *le maître le peut :* le mariage a été conclu sans sa permission. C'est ce qui résulte de l'édit de Charles IX, en date du 15 février 1567 (art. 4).

111. *Résolution au cas de louage perpétuel.* — Enfin la résolution du louage de services a encore lieu par cela seul qu'il a été *contracté à perpétuité*. Un pareil contrat serait une véritable aliénation de la liberté, et la liberté ne s'aliène pas. Ce principe, proclamé plus tard dans la Constitution du 24 juin 1793, et dans celle du 5 fructidor an III, puis consacré définivement par l'art. 1780 du Code Napoléon, se rencontre déjà chez les jurisconsultes de l'ancien droit. Ils le puisèrent, peut-être par une interprétation un peu forcée, dans le texte de la loi 71, § 1, D. *De cond. et dem.;* au fond, ce principe fut une inspiration des idées chrétiennes, et son origine toute religieuse se montre bien dans les paroles de Despeisses. Il s'ex-

[1] *Traité du louage*, n°s 170, 171.

prime ainsi : « L'homme libre ne peut pas louer ses œuvres à perpétuité, » Fontan sur Massuer, tit. *Des louages*, 25, n° 42, et Ferrer, *in quæst.* 314. *Vous avez été achetés par prix; ne devenez point serfs des hommes* (I, *Cor.*, cap. VII, vers. 23); parce que ce serait rendre inutile sa liberté, à moins que le louage ne fût en faveur de la cause pieuse, comme si on s'était loué à servir perpétuellement un hôpital; car alors ce louage est bon : Ferrer et Fontan, *ibid.*, *Servire Deo libertas est.* Rousseaud de Lacombe ajoute en note sur la dernière phrase de Despeisses : « Un pareil louage ne serait point irrévocable *sans vœux publics*, et il serait annulé de droit, comme contraire à la liberté naturelle [1]. »

L'exception indiquée pour le cas de *vœux publics* disparut, comme on le sait, sous la Constituante, qui abolit au point de vue civil l'effet des vœux religieux ou autres.

112. La nullité résultant de ce que le louage de services a été contracté *in perpetuum* est-elle absolue? peut-elle être invoquée par toutes les parties, par le maître comme par le serviteur? La question s'est présentée devant le Parlement de Grenoble, et elle a été décidée dans le sens de la négative, par arrêt du 8 avril 1601. Il fut reconnu que la loi était faite en faveur de celui *qui locavit operas...* De sorte que « contre le droit de sa liberté, il ne puisse demeurer asservi, *s'il ne veut;* mais s'il le veut, nul ne puisse l'empêcher [2]. »

[1] Despeisses, *Du louage*, sect. II, n° 6. V. encore Expilly, troisième plaidoyer.

[2] Arrêt rapporté par d'Expilly, troisième plaidoyer.

§ 5. — Louage de matelots.

113. Dans l'antiquité, les matelots étaient généralement des esclaves; d'ailleurs, le commerce maritime n'avait pas encore pris une grande extension. Aussi, à part les dispositions relatives à la responsabilité de l'*exercitor* ou du *nauta*[1], et quelques autres de moindre importance, on ne trouve pas de règles spéciales, en droit romain, pour le louage de services des gens de mer. Les découvertes modernes, le développement de l'esprit d'entreprise et l'abolition de l'esclavage donnèrent lieu à un nouvel ensemble de dispositions législatives, qui vinrent se résumer dans l'ordonnance pour la marine du mois d'août 1681, une des plus belles du règne de Louis XIV.

La plupart des nombreux articles qu'elle contient sur le louage des matelots ont été copiés d'une manière presque textuelle dans notre Code de commerce[2]. Nous renverrons donc sur ce point aux n°s 191-198 de notre troisième partie. Nous mentionnerons seulement les dispositions qui n'ont point passé dans notre droit actuel, et celles qui sont restées en vigueur sans avoir été reproduites par le Code de commerce.

114. *Nécessité d'un écrit.* — Et d'abord, l'art. 1 de l'ordonnance[3] exige un *écrit* pour la preuve du contrat (Comp., art. 250, C. comm.) A défaut d'écrit, « les matelots en sont tenus à leur serment. »

[1] V. au Digeste, *De exercitoria; nautæ, caupones, stabularii ut recepta restituant; de nautico fenore.*

[2] Art. 250-272.

[3] Titre *Des matelots.*

115. *Exécution par corps et par punitions corporelles.* — L'art. 3[1] déclare que le matelot peut être contraint, *par corps* et *par punitions corporelles*, à exécuter ses conventions. C'est une exception remarquable à la règle *Nemo potest cogi ad factum.* Dans l'origine, la peine infligée au matelot récalcitrant était celle du *fouet* (Ord. de mars 1584, art. 67).

L'ordonnance de 1681, art. 37, tit. VII, maintient la même peine, mais seulement pour le cas où la désertion a lieu au cours du voyage. Si la désertion a lieu avant le commencement du voyage, le déserteur sera contraint, même par corps, à restituer ce qu'il a reçu, et à servir gratuitement pendant le temps convenu.

L'ordonnance du 31 octobre 1784 adoucit encore la peine, et établit diverses distinctions. L'art. 14 prévoit le cas de désertion *dans le port d'armement.* Si c'est avant l'appareillage, le matelot perd moitié du salaire; si c'est après, il est puni de huit jours de prison, tenu de restituer les avances reçues, et de faire une campagne de trois mois à deux tiers de solde au service de l'Etat. L'art. 15 prévoit la désertion *pendant le voyage.* Si elle a lieu avant l'appareillage, le matelot est tenu d'achever le voyage, et perd moitié de son salaire; de plus, il doit faire trois mois de campagne à deux tiers de solde sur un bâtiment de l'Etat; tout ce qu'il a reçu est confisqué au profit de la caisse des Invalides. Si la désertion a lieu après l'appareillage, elle est punie de huit jours de prison et d'une campagne de six mois, à deux tiers de solde, à bord d'un bâtiment de l'Etat, sans préjudice des dommages-intérêts.

[1] Titre *Des matelots.*

Enfin, la désertion en mer est punie de trois ans de galères (Ord. du 22 septembre 1699).

Les nécessités du commerce, le besoin impérieux d'une marine nationale, et les dangers terribles de l'indiscipline à bord, expliquent ces mesures rigoureuses; elles n'ont pas été reproduites dans notre Code de commerce. Cependant il ne faudrait pas en conclure qu'elles aient été abrogées[1]. Les rédacteurs du Code ont détaché de l'ordonnance tout ce qui touchait à l'administration, à la *police* et au « droit public[2] ». Ils ne se sont occupés de la condition des matelots qu'au point de vue du droit privé. Donc, les dispositions antérieures, criminelles ou correctionnelles, restent entières. Ce qui confirme cette opinion, c'est la loi du 22 mars 1816, qui, dans son art. 4, déclare les confiscations, dont parle l'ordonnance de 1784, acquises pour moitié à l'armateur et moitié à la caisse des Invalides. Elle reconnaît par cela même l'autorité de l'ordonnance dans notre droit actuel en ce qui concerne les désertions des matelots.

116. *Substitution.* — Si un matelot se loue à un capitaine, il est censé se louer à tous ceux que l'armateur lui substituera[3].

Il en est de même si un navire est substitué à un autre, mais non si l'on changeait sa destination; car la nature et la durée du voyage ne doivent pas être choses indifférentes au matelot[4].

[1] *Sic* Beaussant, t. I, p. 324. — Pardessus, *Rapport à la Chambre des Députés sur le projet de loi de la baraterie.*

[2] V. *Exposé des motifs du titre V du livre II*, par M. Begouen; Locré, t. II, p. 381.

[3] Pothier, n° 176.

[4] *Id., ibid.*

117. *Anciens modes de résolution.* — D'anciennes lois maritimes avaient permis au matelot de résoudre le contrat pour cause de mariage, achat de navire, ou obtention du commandement d'un autre navire; mais Pothier les considère comme abrogées de son temps[1].

118. *Lieu du payement des gages.* — Enfin, nous trouvons encore une disposition spéciale, non reproduite par le Code de commerce, dans l'art. 5 de la Déclaration du roi du 18 décembre 1728. Il décide que « les maîtres *ne pourront payer, dans les pays étrangers*, aux matelots de leur équipage, ce qui pourra leur être dû pour leurs loyers, à peine de 100 livres d'amende. »

L'arrêt du Conseil du 19 janvier 1734, l'ordonnance du 19 juillet 1742, le règlement du 11 juillet 1759, contiennent des dispositions analogues et complémentaires, tendant au même but, c'est-à-dire à éviter la désertion du matelot, en lui retenant ses gages jusqu'au port de désarmement. Pothier[2] fait remarquer que le payement n'est pas nul : *Bona fides non patitur ut idem bis exigatur*[3]. La sanction de l'ordonnance est plutôt pénale que civile.

118 *bis*. Quant aux dispositions établies pour le règlement des salaires et des indemnités, au cas de rupture du contrat par force majeure, pour la prescription, pour les priviléges des matelots, elles ont toutes été reproduites dans notre Code, sauf quelques légères modifications.

[1] Pothier, n° 175.
[2] N° 214.
[3] L. 57, *De regulis juris.*

CHAPITRE III.

LOUAGE D'OUVRAGE.

119. Tout ce que nous avons déjà dit, à propos du louage de services, sur la condition des ouvriers, est applicable au louage d'ouvrage; on peut même dire que le louage d'ouvrage est, en général, plus fréquent que le louage de services, quand il s'agit d'accomplir un certain travail : l'ouvrier se sent plus responsable; sa personnalité est engagée d'une manière plus directe, et l'aiguillon du travail est plus vif.

Nous ne reviendrons point sur les considérations historiques que nous avons déjà présentées; mais nous examinerons certains points spéciaux relatifs à l'effet des cas fortuits, au privilége de l'ouvrier, à la prescription de son action, ou de l'action en garantie du maître, et enfin aux entreprises de transports.

§ 1. — Effets du cas fortuit.

120. Dans le vieux droit germanique, tel que les lois barbares nous le montrent, on rencontre un principe assez étrange sur la responsabilité des cas fortuits et de la force majeure : les risques pèsent toujours sur la personne chargée de la garde et conservation de la chose, pourvu qu'elle en tire quelque avantage ou reçoive quelque salaire[1].

[1] Klimrath, *Travaux sur l'Histoire du droit romain*, t. I, p. 364,— et les lois barbares qu'il cite : Loi Bajuv., XIV, c. 1, 2; loi Wisig., V, 5, c. 1 ; loi Roth., 348; Form. Veron, ad. h. l. (*Canciani*, II, p. 468, col.).

Ainsi, l'ouvrier entre les mains duquel périssent les matériaux de l'ouvrage doit les restituer, quand même il n'est coupable d'aucune faute ni d'aucune négligence. Mais ce principe ne pénétra pas dans nos coutumes, et on n'en trouve plus aucune trace dans les jurisconsultes du seizième, du dix-septième et du dix-huitième siècle.

121. On revint aux règles du droit romain : l'ouvrier n'est pas responsable du cas fortuit, et on lui doit son salaire, en proportion du travail accompli [1].

Il en serait de même, vis-à-vis des héritiers de l'ouvrier, si le contrat venait à être rompu par la mort de ce dernier [2]. Comme nous le verrons plus loin, les rédacteurs du Code ont cru devoir s'éloigner de cette doctrine, dans les art. 1790 et 1796.

§ 2. — Privilége de l'ouvrier.

122. L'ordonnance de Philippe-Auguste, du mois de mars 1188, accordait privilége pour tous *services de mercenaires.*

Ce privilége, quand il s'agit d'un louage d'ouvrage, se réduit, en général, pour l'ouvrier, à un droit de rétention sur la chose confectionnée, droit qui disparaît avec la possession de la chose [3].

Mais il y a exception en faveur du constructeur : « Le maçon et les autres ouvriers qui ont travaillé à la construction ou au rétablissement d'une maison ou d'autre ouvrage, sans qu'il soit besoin de stipulation (L. 1, D. *In quibus causis pignus vel hypotheca ;* L. *In-*

[1] Pothier, n° 434.
[2] *Id.*, n° 436.
[3] *Id.*, *Procédure civile*, ch. II, art. 3, § 2.

terdum qui potior in pign.; L. 6, C. *eodem tit.*), parce que *fecerunt ut res esset in bonis debitoris atque esset cæteris creditoribus causa pignoris salva* [1].

123. Ce privilége prime le privilége du propriétaire lui-même : « Le maçon est préféré au propriétaire pour les réparations qu'il a faites dans la maison pour le locataire, desquelles il était tenu, comme il a été jugé par arrêt du 22 juillet 1622, remarqué par Chopin, sur ce titre n° 5; par Tournet, sur cet article, et par Tronçon, sur l'art. 125. La raison est que le maçon a rendu meilleure la maison du propriétaire; que, s'il n'était pas remboursé de ses frais, le propriétaire en profiterait à son préjudice. Charondas, en ses *Questions* (titre *De préférence d'hypothèque*, chap. VII), rapporte un autre arrêt du 17 mai 1798, qui a jugé que le maçon était préférable à tous autres créanciers, même au bailleur de l'héritage à rente [2]. »

§ 3. — Prescription.

124. 1° *Prescription de l'action de l'ouvrier.* — La courte prescription établie contre l'action de l'ouvrier remonte à l'ordonnance de Louis XII, de l'année 1510.

L'art. 68 est ainsi conçu :

« Ordonnons que tous drappiers, apothicaires, boulangers, pâtissiers, serruriers, chaussetiers, taverniers, couturiers, cordonniers, selliers, bouchers, *et autres gens de métier* et marchands, vendans ou distribuans leurs denrées et marchands vendans ou distribuans marchandises en détail, demanderont dorénavant, si bon leur semble, le payement de leurs denrées, *ou-*

[1] Ferrière, *sur la Coutume de Paris*, art. CLXX, § 4, 20.
[2] *Id.*, *ibid.*, art. CLXXI, glose 3°, 13.

vrages et marchandises par eux fournies, *dedans six mois*, à compter du jour auquel ils auront baillé ou livré la première denrée ou ouvrage; ensemble qu'ils auront baillé ou livré depuis iceluy jour dedans six mois; et ***lesdits six mois passés ne seront plus reçus à faire question ni demande de ce qu'ils auront fait***, fourni ou livré dedans iceux six mois, sinon qu'il y eût arrêté de compte, cédule, obligation ou interpellation, ou sommation judiciaire dedans le temps dessus dit. »

125. Cette ordonnance (nous dit Pothier[1]) ne fut pas exactement observée. La coutume de Paris fit une distinction entre les menus ouvrages et les *gros ouvrages;* les derniers sont prescrits par *un an*, les premiers seuls sont soumis à la prescription de *six mois.*

ART. CXXVI.

« Marchands, *gens de métier*, et autres vendeurs de marchandises et denrées *en détail*, comme boulangers, pâtissiers, couturiers, selliers, passementiers, maréchaux, rôtisseurs, cuisiniers, et autres semblables, ne peuvent faire action après les six mois passez du jour de la première délivrance de leur dite marchandise ou denrée, sinon qu'il y eût arrêté de compte, sommation ou interpellation faite, cédule ou obligation. »

ART. CXXVII.

« Drappiers, merciers, épiciers, orfèvres et autres marchands grossiers, maçons, charpentiers, couvreurs, barbiers, serviteurs, laboureurs et autres mercenaires, ne peuvent faire action ni demande de leurs marchandises, salaires et services, *après un an* passé,

[1] *Traité des obligations*, n° 706.

à compter du jour de la délivrance de leur marchandise ou vacation, s'il n'y a cédule, obligation, arrêté de compte par écrit ou interpellation judiciaire. »

126. L'ordonnance de 1673, qui fixe le dernier état des choses, sous l'ancien droit, confirme la distinction établie par la coutume de Paris :

TITRE Ier, ART. VII.

« ... Les marchands en gros et en détail, les *maçons, charpentiers, couvreurs, serruriers, vitriers, plombiers, paveurs et autres de pareille qualité* seront tenus de demander le payement *dans l'année* après la délivrance. »

ART. VIII.

« L'action sera intentée dans *six mois* pour marchandises et denrées vendues en détail par boulangers, pâtissiers, bouchers, rôtisseurs, couturiers, cuisiniers, passementiers, selliers, bourreliers et autres semblables. »

Le texte de ces articles ne parle, il est vrai, que de denrées et marchandises ; mais il est certain, d'après les documents qui précèdent, qu'il faut y comprendre aussi les demandes pour exécution de travaux et livraison d'ouvrages.

127. *Prescription de l'action du maître contre l'ouvrier pour garantie des ouvrages.* — Ferrière, sur l'article CXIII de la Coutume de Paris (glose 6e, n° 23), s'occupe de cette prescription, et voici les termes dans lesquels il en parle :

« A l'égard du temps pendant lequel les entrepreneurs sont tenus de garantir les bâtiments qu'ils ont faits, M. Pithou, sur l'art. 201, dit que la loy *omnes*, C. *De op. publicis*, préfinit quinze ans aux *actions*

pour un bâtiment ou édifice mal fait, et qu'il se pratique en France pour le regard des vices qui se trouvent aux gros murs pendant ledit temps, et qu'on allègue l'arrêt de La Vergne et autres à cette fin; mais qu'à l'égard des menus ouvrages et réparations que l'usage du Châtelet est d'agir contre l'ouvrier dans trois ans; qu'autrement, on n'y est plus recevable.

« Néanmoins, on observe au Châtelet que les maçons ne sont *tenus et responsables* de leurs ouvrages que pendant *dix ans.* »

128. Il importait de citer le texte même de nos anciens auteurs, parce que là se rencontre l'origine de l'art. 1792 du Code Napoléon, et que cet article a soulevé de nombreuses et délicates controverses.

Il résulte de cette citation: 1° qu'on suivait le droit romain en ce qui concerne le principe général, c'est-à-dire la prescription de la garantie; mais qu'on y dérogeait pour la fixation du délai;

2° Que la responsabilité de l'architecte durait trois ans pour les menus ouvrages, et dix ans pour les gros ouvrages;

3° Qu'il s'agissait bien ici non pas seulement du délai de garantie, mais du délai de l'action elle-même... « Préfinit quinze ans aux *actions...* » ; ce qui est très-important à remarquer, comme nous le verrons plus loin quand nous en serons à l'étude du droit actuel.

§ 4. — Entreprise de transports.

129. *Historique des messageries.* — Parmi les divers genres de louage d'ouvrage que crée la diversité des industries, il en est un dont le législateur s'est toujours occupé d'une manière toute spéciale, je veux

parler de l'entreprise de transports. Depuis l'établissement des postes par Louis XI, en 1464, ces sortes d'entreprises, connues sous le nom de messageries, prirent un grand développement, et dès lors il fut reçu dans les principes de notre ancien droit public que la faculté de les établir et de les réglementer était un attribut de la puissance souveraine [1].

130. Avant 1775, nous trouvons le privilége des voitures publiques confié à la ferme générale des postes, qui elle-même le sous-affermait [2].

En 1775, un arrêt du Conseil, en date du 7 août, fait rentrer les messageries dans le domaine du roi, et ordonne l'établissement *sur toutes les grandes routes* de voitures à huit, à six ou à quatre places, commodes, légères et bien suspendues, pour partir à jour et heures fixes. Toute concurrence est défendue.

En 1790, la loi des 26-29 août permet aux particuliers l'entreprise de transports sans départs fixes et réguliers ; elle maintient, du reste, le monopole de l'État. Plus tard ce monopole disparut ; mais nous ne voulons pas anticiper sur l'étude de notre droit actuel, et nous devons revenir à l'ancien régime.

131. Les règles spéciales auxquelles fut soumise l'entreprise de transports se rapportent : 1° à la responsabilité du voiturier ; 2° Au privilége dont il jouit.

132. 1° *Responsabilité du voiturier.* — Le voiturier est responsable des objets qui lui sont confiés pour le transport ; mais sous quelles conditions ? sous condition de l'enregistrement desdits objets. C'est ce que décidait la jurisprudence, comme l'atteste un arrêt du Parle-

[1] Merlin, v° Messageries.
[2] *Id., Ibid.*

ment de Paris, en date du 31 janvier 1693 [1]. Comme en droit romain [2], le voiturier, soit par terre, soit par eau, est responsable non-seulement de ce qui se trouve à bord de son navire ou dans sa voiture, mais encore de ce qui lui a été remis sur le port, dans ses magasins ou dans ses bureaux. — Il est responsable de la négligence de ses employés, et à plus forte raison de la sienne [3]. (Arrêt du Parlement de Paris du 29 février 1799.)

133. Si les objets transportés ont été avariés, il est tenu de payer leur valeur entière; il ne suffirait pas qu'il offrît le montant du déchet, car il est possible que le propriétaire ou le destinataire aient de bonnes raisons pour demander tout ou rien, une partie quelconque de l'objet endommagé ne pouvant remplir ses vues. (Arrêt du Parlement de Paris du 27 septembre 1779.)

134. La responsabilité est-elle limitée à la valeur déclarée lors de l'enregistrement?

Pour répondre à cette question, il faut distinguer les époques.

Avant 1775, le propriétaire peut réclamer la valeur totale des effets perdus, et ce sur simple déclaration par serment. (Arrêt du Parlement de Paris du 30 mai 1656.) Il est vrai qu'en 1681 un règlement du Châtelet [4] déclara les messageries responsables seulement jusqu'à concurrence de 150 livres, sauf déclaration formelle d'une valeur supérieure avant l'enregistrement.

[1] Cité par Merlin (*Répertoire*, vo Messageries, § 2, I).

[2] V. L. 3, Ulpien, pr. D. *Nautæ, caupones, stabularii ut recepta restituant.*

[3] Domat, *Lois civiles*, liv. I, tit. XVI, sect. II. Merlin, *ibid.*, § 2, II.

[4] Du 18 juin.

Mais le Parlement, par arrêt du 21 janvier 1693, annula le règlement du Châtelet. Et depuis, les arrêts du 16 mai 1760 et du 3 septembre 1761 jugèrent dans le sens de la responsabilité complète du voiturier [1].

135. En 1775, les choses changèrent. La connaissance des affaires relatives à l'exploitation des messageries est enlevée aux juges ordinaires, et confiée aux intendants de province. — Le règlement du Châtelet est remis en vigueur, il est reproduit presque mot pour mot dans le tarif du 7 août 1775, qui accompagne l'arrêt rendu à la même date.

Voici quelques-unes des nouvelles dispositions: « Le port des dentelles fines, galons, étoffes d'or et d'argent, bijoux, pierreries, et autres *choses précieuses*, sera payé le *prix fixé pour le port de l'or et argent monnayé*, et ce *d'après l'estimation desdits effets*, que *ceux qui en feront l'envoi seront tenus d'inscrire ou de faire inscrire* sur le registre du préposé à la recette; et en cas de perte desdits effets, ils seront remboursés conformément à la déclaration ou estimation faite sur le registre. En cas de fausse déclaration de la part de ceux qui feront les envois, sera perçu le double du droit fixé par le présent arrêt.

« Ceux qui ne feront point sur le registre du préposé la déclaration du contenu dans les *valises, coffres, malles et autres fermant à clef*, ne pourront demander, pour la valeur des choses qui seront dans lesdites valises ou coffres non déclarés, plus que la somme de 150 *livres*, lorsqu'elles seront perdues, en affirmant par ceux qui les réclament qu'elles valaient la somme de 150 livres.

[1] Arrêts rapportés par Denizart. V. Merlin (v° MESSAGERIES, § 2, IV); Jousse, sur l'art. 2 du tit. XXVIII de l'ord. de 1673.

« Les choses précieuses seront mises dans des caisses couvertes de toile cirée, avec un emballage au-dessus; et les marchandises grossières seront emballées de serpilière, paille, cordage, et, à faute de ce, il ne sera point tenu compte des dommages que pourraient souffrir lesdites marchandises et effets. »

136. De ces dispositions il résulte que l'on considère trois catégories d'objets transportés : 1° les *choses précieuses;* leur valeur doit être estimée et déclarée à l'avance; en cas de perte, le remboursement a lieu en conformité de l'estimation.

2° Les *effets sous clef;* en cas de perte, on ne rembourse que 150 francs au maximum, sauf déclaration préalable d'une valeur plus élevée.

3° Tous autres effets; pour ces derniers, la responsabilité du voiturier reste entière; il a pu lui-même en vérifier et en faire constater le contenu.

Ce règlement subsista même après la loi du 26-29 août 1790, qui rendit aux juges ordinaires la connaissance de ces affaires; il ne cessa d'avoir effet, comme nous le verrons plus tard, qu'avec le monopole même de l'Etat.

137. Il ne reste plus qu'à nous demander, sur la responsabilité du voiturier, à quel moment elle prend *fin.*

Elle prend fin dès que les objets transportés sont remis au destinataire. Que si le voiturier ne trouve point celui-ci, il peut se faire autoriser à remettre lesdits objets dans un dépôt désigné *ad hoc* par l'autorité publique. (Arrêt du Parlement de Flandre, du 13 avril 1785[1].)

[1] V. Merlin (*Rép.*, v° VOITURIER, III).

138. « *Privilége du voiturier.* — «Les voituriers (dit Domat) ont un privilége *sur les marchandises qu'ils ont voiturées* pour le droit de voiture et pour les droits de douane, d'entrée ou autres, qu'ils auront payés à cause de ces marchandises[1]. »

Le privilége du voiturier subsiste même après la dépossession, seulement alors il est primé par le privilége du maître d'hôtel[2].

CHAPITRE IV.

MANDAT ET COMMISSION.

139. *Historique.* — Le mandat a passé, dans notre ancien droit français, à peu près tel que nous l'avait laissé le droit romain. Pendant la période barbare, les formules des actes sont rédigées conformément aux principes établis par les jurisconsultes de Rome, principes qui vivaient encore dans les habitudes, quoique la source en fût souvent ignorée et méconnue[3]. Plus tard, le droit coutumier se les approprie[4]; les auteurs les commentent, et la jurisprudence les applique.

Mais ces principes ne furent pas toujours admis sans dérogation ni controverse; ce sont ces dérogations et ces controverses que nous devons exposer; nous montrerons ensuite comment, à côté du mandat

[1] Domat (*Lois civiles*, liv. III, tit. I, *Des gages et hypothèques, et des priviléges des créanciers*, sect. v, II).

[2] Pothier, *Procédure civile* (4e partie, chap. II, sect. II, art. 7, § 2).

[3] V. les formules de Marculf et les formules *Andegavenses* publiées par M. Giraud dans son *Histoire du droit au moyen âge*.

[4] V. *Institutes coutumières* de Loysel, liv. III, tit. I.

civil, naquit et se développa un contrat du droit commercial, la commission.

SECTION I. — Du mandat civil.

140. *Définition.* — « Le contrat de mandat est un contrat par lequel l'un des contractants confie la gestion d'une ou de plusieurs affaires, pour la faire en sa place et à ses risques, à l'autre contractant qui s'en charge *gratuitement*, et s'oblige de lui en rendre compte. »

Telle est la définition donnée par Pothier [1].

141. — Elle reproduit la doctrine romaine, elle établit comme élément essentiel du mandat la *gratuité*, et c'est par là qu'elle le distingue du louage de services.

On admet aussi que l'honoraire n'est pas un prix véritable, et que, dès lors, il ne fait pas obstacle à la gratuité du contrat. — Mais comment reconnaître l'honoraire du prix? Sur ce point s'élèvent les controverses et commencent les incertitudes.

Domat, partant de ce principe que l'honoraire est une récompense, en conclut, avec sa logique habituelle, qu'il doit être donné sans convention et par honneur, que dès lors il est purement volontaire.

« Les procureurs constitués exerçant d'ordinaire un acte d'obligeance et un office d'ami, leur fonction est gratuite, et si l'on convenait de quelque salaire, ce serait une espèce de louage, où celui qui agirait pour un autre donnerait pour un prix l'usage de son industrie et de son travail; mais la récompense qui se

[1] *Traité du contrat de mandat*, n° 1.

donne *sans convention et par honneur*, pour reconnaître un bon office, est d'un autre genre, et ne change pas la nature de la procuration[1]. »

Pothier, moins logique selon nous, mais plus d'accord avec les textes du Digeste, décide que l'honoraire peut être promis par convention préalable. Alors quelle est la différence entre l'honoraire et le prix?

Cette différence consiste en ce que le prix est l'équivalent de services susceptibles d'être appréciés d'une manière pécuniaire, services qu'il appelle *ignobles*[2]. L'honoraire est la récompense de services qui ne sont pas susceptibles d'être appréciés à prix d'argent, soit par leur excellence même, soit par suite de la dignité de la personne qui les rend[3]. Ces derniers constituent ce qu'on appelle les professions libérales[4].

Pothier ajoute, pour mieux faire sentir cette différence, que le payement de l'honoraire laisse subsister une dette de reconnaissance, dette qui n'existe pas après le payement du loyer. Cependant, il se fait sur ce point une petite objection qu'il résout aussitôt.

« On peut aussi quelquefois devoir de la reconnaissance à des personnes qui nous ont rendu des services appréciables à prix d'argent dont nous avons payé le loyer; tels sont ceux qui nous ont été rendus par des domestiques et des serviteurs qui ont été longtemps à notre service. Mais la reconnaissance qui est due à ces personnes ne leur est pas tant due pour leurs services que pour l'affection avec laquelle ils nous les ont rendus... »

[1] Domat, *Lois civiles*, liv. I, tit. XV, *Des procurations*, etc., sect. 1, 9.
[2] *Louage*, n° 10.
[3] *Ibid.*
[4] *Mandat*, n 26.

Il serait facile de montrer toute la faiblesse de ces considérations ; il serait facile de faire voir que, dans tous les cas, c'est toujours la manière dont le service a été rendu et non le service en lui-même qui excite notre reconnaissance ; mais une pareille discussion, pour être sérieuse, doit être complète ; elle se représentera sous l'empire du Code Napoléon, et c'est alors que nous essayerons de la traiter avec tous les détails et le soin qu'elle mérite. Pour le moment, il nous suffira de constater l'état des choses dans notre ancien droit.

Nous aurions ici à dresser la liste des professions dites libérales. En droit romain, la tâche était facile ; car nous la trouvions toute remplie dans le titre *De extraordinariis cognitionibus.* Mais les jurisconsultes français ne suivent pas toujours sur cette matière les textes du Digeste, et ils sont loin de s'accorder entre eux.

Ainsi Pothier (*Louage*, n° 306) considère la peinture comme une profession libérale. En droit romain, elle faisait l'objet d'un louage d'ouvrage : « *Si tale sit factum*, dit Paul, *quod* locari solet, *puta ut* tabulam pingas[1]. »

Cujas excluait les avocats[2] ; Guy Coquille faisait de même pour les procureurs *ad lites*[3].

Quant aux médecins, la coutume de Meaux (art. 25) les avait confondus avec « les mécaniques[4] » ; mais cette opinion était généralement repoussée.

Nous ne voyons figurer nulle part les nourrices, qui

[1] L. 5, D., § 2, *De præscriptis verbis.*
[2] Cujas, *Comm. in lib. III. Resp. Pap. ad legem* 7, *mand.*
[3] Coquille, *Questions sur la coutume du Nivernais*, quest. 197.
[4] Ferrière, *sur la coutume de Paris*, art. cxxv, 9.

cependant étaient bien au nombre des personnes qui devaient réclamer leur salaire par la *persecutio extraordinaria*, en droit romain : « *Namque* nutrices *ob alimoniam infantium* apud præsides *quod sibi debetur petunt*[1]. »

L'enseignement des sciences, des lettres ou des arts se trouvait sans difficulté au rang des professions libérales. Néanmoins, Cujas (*Obs.*, lib. III, cap. XXVIII) voit un louage d'ouvrage dans le traité passé entre un professeur et son élève.

De tout ce que nous venons de dire, il résulte que la ligne de démarcation entre les professions libérales et les professions sordides était assez vague, souvent même tout à fait indécise. Il n'en pouvait être autrement ; car la dignité d'une profession est bien plus attachée à la personne qu'à la profession elle-même. Dès lors chacun jugeait d'après ses propres impressions, dans le cercle de ses connaissances; et comme il n'y a rien de plus mobile au monde que les impressions, il n'y avait rien de stable dans les doctrines qu'elles faisaient naître.

142. *Objet du mandat.* — Le mandat peut avoir pour objet toute espèce d'affaire à gérer, pourvu qu'elle soit licite.

Cette règle ne fut pas toujours admise sans exception, du moins en ce qui touche les affaires judiciaires. La *procuratio ad lites* eut cette destinée singulière, dans l'histoire de notre droit, d'être d'abord défendue, puis imposée au plaideur.

Voici ce que Loysel nous dit dans ses *Institutes coutumières* sur ce fait curieux :

[1] L. 1, § 14, *De extr. cogn.*, D.

« Jadis aussi, *nul de pays coutumier* n'était reçu à faire *demande* par *procureur* en la Cour du roi sans ses *lettres de grâce,* si ce n'était pour prélat, communauté d'église ou des villes, ou pour défendre sa personne[1]; ce qui n'avait lieu en *pays de droit écrit,* ni en *cour de chrétienté,* et ce tant en matière civile que criminelle[2]. »

L'existence de cette coutume, sous la première et la seconde race, est établie par les *Formules* de Marculf[3]. Sa persistance, aux treizième, quatorzième et quinzième siècles, nous est attestée par une foule de documents.

« En demandant, nul n'est oïs par procureur », dit Beaumanoir[4].

« Au procureur du demandeur en pays coutumier faut grâce », dit le *Grand Coustumier*[5].

Michel L'Hospital nous donne lui-même les motifs de cette coutume :

« ... Elle est ainsi appelée grâce pour ce que si le demandeur est bonne personne et la demande loyale, il y doit volontiers estre en personne ; mais si la demande est ung petit triceresse, ledict demandeur auroit vergogne que l'on apperceust sa maulvaisetée et son faux serment. Et pour ce, le roy à tels gens leur faict grace d'avoir procureur. Et pourtant on voit souvent que les procureurs sont plus chargés des causes de tricheurs que d'autres gens. L'autre raison si est que le siége du juge est mieux honoré et plus

[1] Loysel, *Institutes*, liv. III, tit. II, IV.
[2] *Ibid.*, V.
[3] V. Form. 21, liv. I.
[4] Chap. IV, n° 2.
[5] Liv. III, chap. VI.

paré de la présence de nobles et vaillants hommes que des personnes des procureurs[1]. »

Cette règle souffrait des exceptions :

1° En faveur du *défendeur*.

Beaumanoir cependant n'admet pas cette exception pour les « hons de pooste », c'est-à-dire les serfs et les vilains. « Nous n'avons pas accoutumé que hons de pooste fasse procureur *en nul cas*[2]. »

2° En faveur du *porteur de lettres*, c'est-à-dire, sans doute, du mandataire général, comme l'indiquent les exemples cités par le *Grand Coustumier*.

« A un porteur de lettres, il ne falloit pas de grace, parce que l'obligation étoit faite à lui-même; ni aux baillis, vicomtes et autres officiers royaux ès noms de leurs officiers, ni à tuteurs, curateurs et exécuteurs de testaments[3]. »

3° En *cour des foires* de Champagne.

C'est ce qu'établit une ordonnance de Philippe de Valois, en date du mois de juillet 1344.

4° En *cour de chrétienté*, c'est-à-dire en cour d'Eglise, devant la juridiction ecclésiastique; on y suivait le droit romain comme dans les pays de droit écrit.

Cette coutume passa, et dans les jurisconsultes du dix-septième et du dix-huitième siècle (Domat, Pothier, etc.), on n'en trouve plus aucune trace; mais il en resta cette espèce d'adage. « En France, nul ne plaide par procureur, » ce qui alors n'eut plus d'autre sens que celui-ci : « Les actes de procédure doivent toujours être faits à la requête et au nom du plaideur. »

[1] L'Hospital (Œuvres inédites, t. I, p. 255 et suiv.), cité dans l'édition des *Institutes*, par MM. Dupin et Laboulaye.

[2] Beaumanoir, chap. IV, n° 31.

[3] *Grand Coutumier*, liv. III, chap. VI.

Non-seulement il fut permis de plaider, soit en demandant, soit en défendant, par procureur; mais même les procureurs devinrent des officiers publics, dont le ministère était obligatoire, comme l'est encore aujourd'hui celui des avoués.

143. *Formation.* — Le droit romain, qui nous avait transmis le principe de la gratuité et la distinction du mandat entre l'honoraire et le prix, fut également suivi quant à ce qui concerne la formation de ce contrat.

On admit qu'il pouvait se former même d'une manière tacite; et cela par application de la loi 60, D. *De regulis juris : Semper qui non prohibet aliquem pro se intervenire mandare creditur.*

La connaissance de la gestion suffisait, pourvu qu'il n'y eût point opposition de la part de celui dont l'affaire était gérée[1].

144. *Obligations du mandataire et du mandant.* — On n'introduisit non plus aucune modification dans la théorie des obligations respectives du mandataire et du mandant.

Les maximes du droit coutumier sont ici la traduction pure et simple des règles du droit romain.

Ainsi, par exemple :

« Qui outrepasse sa charge chet en désaveu[2]. »

« Qui s'entremet doit achever, et qui commence et ne parfait sa peine pert[3] » ; et autres semblables.

Nous devons cependant mentionner un point sur lequel il y avait dissidence entre les jurisconsultes.

« Si un procureur constitué (dit Domat) souffre quelque perte ou quelque dommage *à l'occasion* de

[1] Pothier, *Mandat*, n° 29.
[2] Loysel, *Institutes coutumières*, liv. III, tit. II, II.
[3] Id., *ibid.*, VI.

l'affaire dont il s'est chargé, on jugera, *par les circonstances*, si la perte devra tomber sur lui, ou sur celui de qui il faisait l'affaire; ce qui dépendra de la qualité de l'ordre qu'il fallait exécuter; du péril, s'il y en avait; de la nature de l'événement qui a causé la perte; de la liaison de cet événement à l'ordre qu'on exécutait; du rapport de la chose perdue ou du dommage souffert à l'affaire qui en a été *l'occasion;* de la qualité des personnes; de celle de la perte; de la nature et valeur des choses perdues; des causes de l'engagement entre celui qui avait donné l'ordre et celui qui l'exécutait, et des autres circonstances qui peuvent charger l'un ou l'autre de la perte, ou l'en décharger.

« Sur quoi il faut balancer la considération de l'équité et les sentiments d'humanité que doit avoir celui dont l'intérêt a été *une cause ou une occasion* de perte à un autre[1]. »

Ainsi, Domat admet, au moins dans certaines circonstances, que le mandant est tenu des pertes éprouvées par le mandataire à l'*occasion* de sa gestion.

Pothier, au contraire, exige que ces pertes soient éprouvées *à cause* du mandat, et par cause il entend la cause prochaine.

« Les pertes souffertes par le mandataire, dont l'affaire qui fait l'objet du mandat a été la *cause prochaine*, sont aussi censées souffertes, *ex causa mandati*, et doivent, en conséquence, lui être remboursées[2]. »

Et plus loin :

« Il faut néanmoins avoir une grande attention à distinguer si la perte soufferte par l'associé ou par le mandataire est une perte dont la gestion dont cet

[1] Domat, *Lois civiles*, liv. I, tit. XV, sect. II, 6.
[2] Pothier, *Mandat*, n° 75.

associé ou ce mandataire s'est chargé ait été la cause, ou si c'est une perte dont cette gestion ait été seulement l'occasion; car si elle n'en a été que l'occasion, il n'en est pas dû d'indemnité au mandataire [1]. »

Pothier cite pour exemples, d'un côté le cas où le mandataire passe par un chemin infesté de voleurs; de l'autre, le cas où il passe par un chemin qui n'est pas ordinairement dangereux, mais où, par hasard, il est attaqué et dévalisé.

Selon moi, l'opinion de Domat est plus conforme à l'équité et aux textes. Le grand principe est posé par Africain, dans la loi 61, § 5, *De furtis*, D. : *Justissime enim mandatorem allegare non fuisse se id damnum passurum si mandatum non suscepisset.*

Pour prendre les exemples donnés par Pothier, il faut voir si le mandataire eût été volé, quand même il n'eût pas entrepris le mandat, par exemple, s'il devait passer dans ce chemin pour ses propres affaires; on devra, en un mot, comme dit Domat, avoir égard aux diverses circonstances du fait.

145. *Obligations vis-à-vis les tiers.* — C'est au chapitre des obligations du mandant ou du mandataire vis-à-vis les tiers que se rencontre la dérogation la plus saillante apportée au droit romain.

En droit romain, nous l'avons vu, l'idée de la représentation n'avait été admise que d'une manière exceptionnelle et toujours imparfaite. Dans l'ancien droit français, elle se présente d'une façon complète; elle domine le mandat, elle en est la règle, non pas la règle absolue, mais la règle générale. « Lorsque le mandataire, dit Pothier, en exécution du mandat, et en se

[1] Pothier, *Mandat*, n° 76.

renfermant dans les bornes du mandat, a fait quelques contrats avec des tiers, s'il n'est intervenu dans ces contrats qu'en *qualité de mandataire, ou de procureur, ou de fondé de procuration* d'un tel son mandant, c'est en ce cas le *mandant qui est censé contracter par son ministère* et qui s'oblige envers les personnes avec lesquelles son mandataire a contracté en cette qualité [1]. »

Le mandat peut être aussi exécuté au nom du mandataire, mais alors celui-ci s'oblige conjointement avec le mandant [2].

146. *Garanties du mandat.* — Quant aux garanties qui sanctionnent le contrat, la note d'infamie disparaît; mais on maintient la solidarité entre les comandants aussi bien qu'entre les comandataires [3]. Le droit de rétention subsiste aussi, et on y ajoute, dans certains cas, un privilége. Ainsi, par exemple, les honoraires des médecins se trouvent compris parmi les frais de dernière maladie, et comme tels se trouvent préférés à toutes autres créances, si ce n'est aux frais de justice et aux frais funéraires [4].

147. *Prescription.* — La prescription des actions qui naissent du mandat est en général de trente ans; mais quelquefois elle s'accomplit par un moindre délai.

L'action des médecins se prescrit par *un an* [5].

L'action des procureurs se prescrit par *six ans*, quand ils occupent encore pour la partie, et par *deux ans*, à

[1] Pothier, *Mandat*, n° 87.
[2] *Ibid.*, n° 88.
[3] Pothier, *ibid.*, n°s 6 et 82.
[4] Pothier, *Procédure civile*, 4e partie, chap. II, art. 7, § 2.
[5] *Coutume de Paris* (art. CXXV); Ferrière (sur ledit art., et aussi au titre *De Prescription*, n° 12).

compter du moment où ils ont cessé d'occuper [1].

Quant à l'action des avocats, elle souleva de grandes controverses. Brodeau (sur l'art. CXXV de la coutume de Paris), semble la considérer comme imprescriptible. Ferrière [2] adopte cette opinion pour le cas où l'avocat continue à plaider pour son client; il la rejette pour le cas où il ne continue plus à plaider, mais il n'indique pas un délai fixe.

Il cite des arrêts qui maintenaient contre lui la prescription ordinaire de trente ans [3].

147 *bis*. *Extinction*. — Pour tout ce qui concerne l'extinction du mandat, le droit romain fut ou confirmé d'une manière expresse par les coutumes, ou maintenu d'une manière tacite : nous n'avons donc rien à mentionner de spécial sur ce chapitre, et nous passons au droit commercial.

SECTION II. — MANDAT COMMERCIAL OU COMMISSION.

148. *Origine de la commission.* — A mesure que le commerce se développe, sa tendance est de franchir des distances de plus en plus grandes, et d'embrasser sans cesse de plus vastes régions. Mais si l'activité intellectuelle n'a d'autres limites que les limites mêmes de la pensée, l'activité physique a des bornes nécessairement restreintes, qui arrêteraient l'essor du génie si l'esprit d'association ne venait à son aide pour lui ouvrir une carrière nouvelle. Le négociant ne saurait être présent partout; il se constitue un centre d'af-

[1] Arrêt de règlement donné en la grande chambre, le 23 mars 1692, art. 1 et 2. Ferrière, tit. VI, *De Prescription*, n° 24.

[2] *Loc. cit.*, n° 25.

[3] Arrêts du Parlement de Grenoble, du 7 septembre 1666, et 13 juin 1668, rapportés par Basset en ses arrêts (t. II, liv. II, tit. IV, chap. III).

faires d'où rayonnent pour ainsi dire ses diverses entreprises, et où il reste en personne pour les diriger. Mais pour exécuter les ordres qu'il envoie au loin, il lui faut de nombreux agents disséminés sur les diverses places de commerce, théâtres de ses opérations. Ces agents peuvent être de deux sortes, ou des préposés, ou des mandataires.

Les préposés ou facteurs (*institores* du droit romain) sont au service du négociant qui les emploie; ils ne sont pas établis pour une certaine opération fixe et déterminée, mais pour toutes les opérations commerciales de leur maître abandonnées à leurs soins; tout leur temps est à sa disposition, et ils reçoivent un salaire fixe indépendant des affaires qu'ils traitent. Leur inconvénient est double: d'abord, aux yeux du public, ils n'agissent pas en leur propre nom, ils se trouvent dans une position secondaire et subordonnée; par suite, ils jouissent d'un faible crédit. Ensuite leur emploi est naturellement très-dispendieux: comme ils ne travaillent que pour une seule personne, cette personne seule reste chargée de subvenir à leurs besoins et de payer leurs services.

Au moyen âge, un troisième inconvénient des préposés se rencontrait dans les priviléges et monopoles de l'époque : il était défendu aux *forains* de faire le commerce par leur intermédiaire, et, comme nous l'avons déjà dit, on entendait par forains toutes personnes étrangères à la localité[1].

Il fallut donc recourir au mandat; mais, pour s'adapter aux exigences du commerce, le mandat, tel que l'avait conçu le droit civil, dut nécessairement se modifier.

[1] V. MM. Troplong, *Mandat* (Préface.) Delamarre et Lepoitvin (Avant-propos).

Le droit civil n'admettait point le prêt à intérêt; il le flétrissait sous le nom d'*usure*, et le punissait des peines les plus sévères [1]. Le commerce ne pouvait se soumettre à un pareil système. Au point de vue économique, le loyer d'un capital, en argent ou en marchandises, est aussi légitime que le loyer d'un capital en biens-fonds : l'un et l'autre représentent l'équivalent des risques que court le locateur et de la privation qu'il supporte.

Le mandat était gratuit. Le commerce, n'étant autre chose qu'un échange perpétuel de valeurs, repousse le principe de la gratuité. Qui dit opération commerciale dit par cela même bénéfice réciproque, au moins dans la pensée des parties contractantes. Quant à l'honoraire, il n'était admis que pour les professions libérales, et le négoce était exclu de cette catégorie.

Enfin, le mandat n'offrait d'autre garantie au mandataire, en dehors de la solvabilité du mandant, que le droit de rétention ; c'était une garantie insuffisante pour le commerçant qui se chargeait des affaires d'autrui, la rapidité des transactions commerciales ne pouvant souffrir une détention prolongée de la chose remise, et la solvabilité des personnes étant sans cesse menacée par les coups imprévus de la fortune et le hasard des spéculations les mieux combinées.

Sous ce triple point de vue de l'intérêt, du salaire et du privilége, le mandat, pour passer dans le monde commercial, devait donc se modifier; c'est ce qui arriva, et alors il prit le nom de commission.

[1] Capitulaire de Charlemagne de 989; ordonnance de Blois de 1759; arrêts du Parlement de Paris des 20 juillet 1565, 10 janvier 1777, etc. Domat (*Lois civiles*, liv. I, tit. VI); Pothier (*Du Prêt de consomption*, nos 55 et 56).



Comment se firent ces modifications? Ce ne fut ni par la force des ordonnances, des règlements, des lois, ni même par l'autorité des coutumes écrites, mais par l'effet d'un long usage, par le consentement tacite de tous les commerçants, par les décisions des juges consulaires, et enfin par l'influence des grands jurisconsultes du seizième et du dix-septième siècle.

L'Italie joue un grand rôle dans ce mouvement juridique. Du sein de ces républiques florissantes qu'anime l'esprit d'entreprise, et qui semblent réunir au même degré l'intelligence des choses positives et le sentiment de l'idéal, on voit s'élever des tribunaux dont les arrêts font autorité dans le monde entier : la rote de Gênes, celle de Florence, celle de Sienne, et à côté d'eux des docteurs pleins de science et de sagacité, de jugement et d'invention, tels que Straccha, Turri, Deluca, Émerigon, et surtout l'illustre Casaregis.

149. *Résumé des modifications introduites.* — Les conséquences de cette transformation sont de la plus haute importance : ainsi, le commettant est tenu de rembourser au commissionnaire non-seulement le capital, mais encore les intérêts de ses frais et de ses avances.

Ainsi, le commissionnaire a droit, en l'absence de toute convention, à un salaire proportionnel au montant des sommes qu'il recouvre, et qu'on appelle droit de commission.

Ainsi encore il a un privilége sur les marchandises ou valeurs négociables à lui expédiées, privilége sur le prix de la chose vendue, tant qu'il n'est pas encore payé.

Sur les deux premiers points, nous renverrons pour les détails, et entre autres pour ceux qui concernent le *del credere*, à notre troisième partie relative au droit actuel; sous ce double rapport, en effet, nos

anciens usages ont été complétement et intégralement maintenus.

150. *Privilége du commissionnaire.* — Il n'en est pas de même du privilége du commissionnaire. Ce privilége, comme nous l'attestent les rédacteurs du Code de commerce [1], donnait lieu dans notre ancien droit à de grandes controverses et à de fâcheuses incertitudes.

Un auteur moderne [2] a même prétendu qu'il était établi à l'étranger, mais pas en France.

Il est vrai que Jousse, sur l'art. 8 du titre XI de l'ordonnance de mars 1673, n'en parle pas, bien que cet article traite du nantissement en matière commerciale, et que Jousse s'occupe des priviléges du vendeur, du locateur et du gagiste dans la faillite de leur débiteur.

Mais ce silence peut être considéré comme un oubli. Valin, dans son *Commentaire sur l'ordonnance de la marine* du mois d'août 1681 [3], s'exprime de manière à ne laisser aucun doute sur la question, et personne n'ignore de quel poids était son autorité.

Après avoir parlé du privilége du vendeur et de la manière dont il se transmet en droit commercial, par une facture ou un connaissement à l'ordre de la personne qui reçoit la marchandise, il ajoute :

« La même *faveur du commerce* a aussi fait introduire le *privilége du nantissement* ou de la *saisie naturelle* au profit de celui qui, ayant à sa *consignation* des marchandises appartenant à un négociant dont il

[1] V. Discours de M. Regnaud de Saint-Jean-d'Angely (Locré, *C. comm.*, t. I).

[2] M. Vincens (t. II, chap. VIII, n° 3, p. 130).

[3] Liv. II, tit. X, art. 3, p. 321, édit. Bécane.

est le *commissionnaire* ou correspondant, *avance* des sommes *sur le prix* de ces marchandises, ou paye des lettres de change tirées sur lui *à raison* de ces marchandises.

« Par exemple, un navire est adressé à un négociant pour en faire le désarmement et vendre sa cargaison; il paye avant toute vente (et par conséquent avant d'avoir aucuns deniers en mains appartenant au commettant) les gages de l'équipage, les primes d'assurance, les sommes empruntées à la grosse; il acquitte de plus ou il accepte les lettres de change que son commettant tire sur lui : nul doute que pour son remboursement, il n'ait droit de retenir par ses mains, par voie de compensation, avec *privilége exclusif à tous autres créanciers*, toutes les sommes qu'il a ainsi avancées... Cela est si naturel et si juste qu'il est étonnant qu'il se soit rencontré des gens assez chicaneurs pour disputer la compensation en pareils cas, de même qu'en tous autres où le négociant se trouve nanti, *soit avant, soit après ses avances*, sans avoir les mains liées par aucune saisie... Il est même *des pays*, comme en Hollande, où, pour la preuve du nantissement, il suffit de représenter la *clef du magasin* où sont les marchandises: tant les opérations qui produisent la circulation vive du commerce sont favorables et méritent d'être protégées ! »

151. Ainsi, le privilége existe, il existe pour *toutes les avances faites à raison de la marchandise* et à l'encontre *de tous créanciers*; mais il ne suffit pas, pour le constater, que le commissionnaire ait les marchandises à sa disposition, par exemple, possède la clef des magasins, il faut qu'il puisse exhiber une *facture ou un connaissement desdites marchandises passé à son*

ordre. Ces règles étaient importantes à rapporter, parce que notre Code de commerce, comme nous le verrons plus loin, les a suivies en les modifiant; elles contiennent donc, on peut le dire, le germe des art. 93 et 94.

152. *Autres règles spéciales à la commission.* — En dehors des intérêts du salaire et du privilége, la commission se trouvait encore soumise à des règles spéciales sous deux rapports moins essentiels, sans doute, mais importants à mentionner.

D'abord, on avait admis, dans le cas tout particulier de *la commission pour transports*, que le commissionnaire était responsable non-seulement de son choix, mais encore des fautes commises par la personne qu'il se substitue, bien que le choix fût irréprochable, et que la substitution fût imposée par la force même des choses [1]. C'est là l'origine de l'art. 99 du Code de commerce.

153. Ensuite la commission se trouvait gênée par les mêmes entraves que le louage d'ouvrage, du moins en ce qui concerne la vente des marchandises; car la commission pour banque et pour achat de marchandises était libre; mais le commissionnaire pour vente ne pouvait exercer sans avoir obtenu une maîtrise [2].

154. *Conclusion.* — Une fois qu'on a fait ainsi la part de certaines règles spéciales, les unes inspirées par les besoins du commerce, les autres imposées par l'organisation sociale de l'époque, on peut dire avec Domat que « les règles des procurations sont presque toutes communes aux commissions et autres manières semblables de commettre et préposer une personne à

[1] Arrêts du Parlement de Flandre, avril 1765, 11 janvier 1779, 2 décembre 1784, 8 juin 1785, cités par Merlin (*Répertoire*, v° Commissionnaire).

[2] Règlements d'octobre 1801 et janvier 1613.

la place d'une autre, » et ajouter encore avec lui « qu'il est facile d'appliquer à chacune ce qui est dit des procurations[1]. »

Nous avons maintenant achevé de parcourir toute la série des dérogations apportées au louage d'industrie et au mandat du droit romain par les coutumes, les ordonnances, la jurisprudence, l'usage et les commentaires des jurisconsultes; nous avons vu ce dernier contrat se dédoubler en quelque sorte et enfanter la commission; il ne nous reste plus qu'à passer à notre troisième partie, pour les étudier dans notre droit actuel, sous l'empire du Code Napoléon et du Code de commerce.

[1] Domat, *Lois civiles*, liv. I, tit. XV, *Des procurations, mandements et commissions*.

TROISIEME PARTIE.

TITRE I.

SOMMAIRE.

CHAPITRE I. — Généralités (155-158). — Définition (155); — Éléments essentiels (156); — Effets (157); — Distinctions (158).

CHAPITRE II. — Louage de services (159-213). — Subdivisions (159).

Section i. — *Services rendus par les domestiques et ouvriers* (160-186).

Sens des mots domestique et ouvrier (160-161); — Règles spéciales (162): — 1° Preuve du contrat (163-168); — 2° Prescription (169); — 3° Garanties (170-175) — Privilége (170); — Livret (171-175); — 4° Durée (176-180); — 5° Compétence (181-186).

Section ii. — *Services rendus par les apprentis* (187-196); — Nature du contrat d'apprentissage (187); — Historique (188-189); — Définition et forme (190); — Conditions du contrat (191); — Devoirs des maîtres et des apprentis (192-193); — Résolution du contrat (194-196).

Section iii. — *Services rendus par les matelots* (197-204).

I. Preuve du contrat (198).
II. Inexécution (199-202).
III. Garanties (203).
IV. Prescription (*ib.*).

Section iv. — *Services rendus par les remplaçants militaires* (204-212); — Législation antérieure à 1855 (204); — Loi du 26 avril 1855 (205); — Remplacement militaire sous l'empire de la loi de 1832 (206); — Rupture du contrat (207-208); — Intermédiaires (209-211); — Intervention du père ou tuteur (212).

Section v. — *Services rendus par toutes autres personnes* (213).

CHAPITRE III. — Louage d'ouvrage ou d'entreprise (214-286).

Section i. — *Entreprise de transports* (215-256); — Importance et nature de contrat (215); — Étendue du mot voiturier (216); — Deux sortes de voituriers (217).

TROISIÈME PARTIE.

DROIT ACTUEL.

TITRE I.

Du Louage d'Ouvrage et de Services.

CHAPITRE I.

GÉNÉRALITÉS.

155. *Définition.* — L'art. 1710 du Code Napoléon définit le louage d'ouvrage « un contrat par lequel l'une des parties s'engage *à faire quelque chose* pour l'autre, moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige à lui payer. »

Cette définition rappelle la l. 22, D., *locati conducti: Quotiens autem faciendum aliquid datur, locatio est.*

Elle est exacte, pourvu que l'on restreigne d'une manière convenable le sens des mots « faire quelque chose. » La translation de la propriété qui est l'objet de la vente, la prestation de la jouissance d'une chose qui est l'objet du louage de choses, sont des faits; mais ce sont des faits d'une nature toute spéciale, qui reçoivent un nom propre dans la langue juridique et qui se distinguent par des caractères particuliers. Il faut aussi exclure toute une catégorie de faits qui constituent le mandat ou la commission. Quand nous

étudierons ces derniers contrats, nous examinerons avec soin et en détail en quoi ils diffèrent du louage d'industrie.

156. *Eléments essentiels.* — Trois choses sont essentielles pour l'existence du louage d'industrie :

1° Le consentement;

2° Le prix;

3° Un ouvrage à faire; ouvrage possible, licite et non contraire aux bonnes mœurs.

157. *Effets.* — Ce contrat est synallagmatique et commutatif; il produit des obligations de part et d'autre.

Pour le *locateur* :

1° Obligation de faire l'ouvrage;

2° Le faire en temps utile;

3° Le bien faire;

4° Apporter le soin d'un bon père de famille aux matériaux qui lui sont fournis [1];

5° En général, faire l'ouvrage par lui-même, ou tout au moins en diriger l'exécution.

Pour le *locataire :*

1° Payer le prix;

2° Faire tout ce qui dépend de lui pour mettre l'ouvrier en pouvoir d'exécuter la convention [2].

158. *Distinctions.* — Ces notions générales une fois rappelées, nous devons étudier séparément les deux branches du louage d'industrie que nous avons déjà reconnues en droit romain et dans notre ancien droit français : 1° le louage de services; 2° le louage d'ouvrage ou d'entreprise.

[1] V. Pothier, n° 420.
[2] *Ibid.*, n° 1010.

CHAPITRE II.

DU LOUAGE DE SERVICES.

159. *Subdivisions.* — Le Code civil est très-laconique, on pourrait dire très-incomplet sur ce point. Il n'embrasse pas toutes les règles relatives au louage de services; il établit seulement quelques dispositions spéciales, — encore ces dispositions n'ont trait qu'au louage des domestiques et ouvriers.

Nous diviserons ce chapitre en cinq sections :

1° Services rendus par les domestiques et ouvriers;
2° Services rendus par les apprentis;
3° Services rendus par les matelots;
4° Services rendus par les remplaçants militaires;
5° Services rendus par toutes autres personnes.

SECTION I. — Services rendus par les domestiques et ouvriers. (C. c., sect. 1, art. 1780-1781).

160. *Que doit-on entendre par domestiques et ouvriers?* — Le sens du dernier mot n'offre pas grande difficulté. Il comprend évidemment tous ceux qui louent leurs services pour un temps déterminé, sans être logés et nourris dans la maison de celui pour qui ils travaillent. Quelquefois, dans le langage du monde et même dans le langage du Code (V. art. 2271, 3e al.), le mot ouvriers a un sens plus restreint; on l'applique à ceux qui se livrent aux arts mécaniques, et on ré-

serve le mot de gens de travail pour ceux qui se livrent aux travaux agricoles. Mais cette distinction est un simple fait qui n'a, du reste, aucune conséquence juridique; l'art. 1779 emploie d'ailleurs le mot gens de travail dans le même sens que la rubrique de la sect. 1 emploie le mot ouvriers.

161. Quant aux domestiques, nous avons vu que sous l'ancien droit ils comprenaient des catégories de personnes bien distinctes, toutes celles qui font partie d'une maison et qui, subordonnées à la volonté du maître, en reçoivent des gages[1]. En est-il de même aujourd'hui? Je ne le pense pas[2].

Dans le langage usuel, on entend par domestiques les individus attachés au service de la personne ou du ménage, — ainsi les valets de chambre, femmes de chambre, cochers, cuisiniers, etc. On n'y range point ceux dont la profession a quelque chose de plus indépendant, et dont les travaux sont purement intellectuels, les aumôniers, secrétaires, bibliothécaires, intendants, clercs d'avoués, etc., etc. Comme le disait avec autant d'esprit que de justesse un arrêt de la Cour de Bourges[3], ils rendent des services à celui qui les emploie, mais ne sont pas à son service.

Ce nouveau sens du mot domestique, introduit par l'usage, est adopté d'une manière formelle par la loi des 19-20 avril 1790, art. 7, par celle des 27 août-2 septembre 1792, et enfin par le décret du 3 octobre 1810, dans lequel on voit les intendants chargés de remplacer les maîtres pour l'accomplissement de certaines

[1] Merlin, v° Juge de paix, § 17, II.

[2] *Sic* Troplong, n° 848; Duvergier, n° 276. *Contra*, Duranton, Delvincourt, Carré.

[3] Bourges, 30 mai 1829.

formalités relatives aux domestiques. En présence de ces actes législatifs, on ne saurait douter que le sens usuel ne soit devenu le sens légal[1].

162. ***Règles spéciales du louage de domestiques et d'ouvriers.*** — Outre les règles de droit commun, le louage de domestiques et d'ouvriers est soumis à certaines règles spéciales.

Elles sont relatives :

1° A la preuve;

2° A la prescription;

3° Aux garanties des obligations qui naissent entre les parties;

4° A la durée du contrat;

5° A la compétence.

163. 1° *Preuve du contrat.* — L'art. 1781 s'exprime ainsi : « Le maître est cru sur son affirmation, pour la quotité des gages, pour le payement du *salaire de l'année échue*, et pour les à-compte donnés pour l'année courante. » Quant à l'existence même du contrat, elle doit être établie d'après les règles ordinaires sur la preuve.

164. Les dispositions de l'art. 1781 sont, tout le monde en convient, exorbitantes du droit commun[2].

Voici comment on les justifie[3]. La plupart des discussions entre le maître et l'ouvrier ou le domestique portent sur des sommes minimes : l'admission de la preuve testimoniale aurait un double danger, d'abord

[1] V. encore Dalloz, *Rép.*, v° TRIBUNAUX DE PAIX, n°s 157 et suiv., et les passages qu'il cite dans le rapport de M. Amilhau sur la loi du 25 mai 1838.

[2] V. Toullier, X, 448 et suiv.; MM. Duranton, n° 256; Duvergier, t. II, n° 302; Troplong, n° 881, etc.

[3] V. M. Troplong, n° 882; Toullier, X, n° 448 et suiv.; Treilhard (Fenet, XIV, p. 256). *Contra*, Marcadé, art. 1781, IV.

multiplier à l'infini les petits procès, ensuite exciter les coalitions des ouvriers ou domestiques entre eux pour déposer contre le maître. En l'absence d'écrit et d'enquête, comment vider le procès? Il fallait s'en fier à la parole de l'une des parties. Le maître, par l'éducation qu'il a reçue, la position qu'il occupe, la considération qu'il recherche, mérite plus de confiance; de la part de l'ouvrier on aurait toujours à craindre les mauvaises inspirations de la misère, *malesuada fames*. En outre, le maître sera d'autant plus disposé à faire des avances qu'il sera plus sûr du recouvrement, et ainsi l'intérêt de l'ouvrier lui-même légitime l'art. 1781.

165. Ces raisons, je l'avoue, ne suffisent pas pour me convaincre. Livrer ainsi l'une des parties à la discrétion de l'autre, établir l'inégalité entre les contractants, c'est quelque chose de contraire à tous les principes des contrats et à toutes les saines notions de l'équité. Quant aux périls de la preuve testimoniale, ils me paraissent chimériques. Le juge est toujours armé d'un pouvoir discrétionnaire pour apprécier la sincérité des témoignages, et pour écarter les concerts frauduleux; si la demande n'est pas pleinement justifiée, il a la ressource du serment déféré d'office (art. 1367-1369) à *l'une ou l'autre* des parties. Pourquoi le lier à l'avance dans une question où les éléments d'appréciation varient selon les circonstances? ne peut-il pas arriver que le maître soit un homme peu recommandable, et, en sens inverse, que l'ouvrier jouisse d'une réputation de probité sans tache? Et dans ce cas, quels scandales soulèvera l'application de l'art. 1781 [1] !

[1] La proposition d'abroger l'art. 1781 a été admise sous la Consti-

166. Quoi qu'il en soit des motifs de cet article, tous les auteurs sont d'accord pour décider que l'affirmation du maître doit avoir lieu par serment [1] : c'est là une garantie de loyauté indispensable, et l'on ne saurait trouver le moindre prétexte pour s'y soustraire. Il est bien entendu d'ailleurs que si par hasard il y a un écrit, il fait foi pleine et entière. Mais quand il s'agit de déterminer au juste dans quelles limites on doit renfermer l'art. 1781, les controverses commencent.

167. *Etendue de l'art.* 1781. — Et d'abord doit-on l'appliquer au cas où le maître est demandeur ?

La Cour de Rouen a décidé la négative [2], se fondant sur ce principe général : *actori incumbit onus pro-*

tuante de 1848, par le Comité de législation. Renouvelée le 26 novembre 1849 par MM. Nadaud, Gilland et Faure (*Moniteur* de 1849, p. 3766), elle fut prise en considération par l'Assemblée législative, dans la séance du 12 avril 1850 (V. *Moniteur* de 1850, p. 1198-1200. V. aussi le rapport de M. Chégaray, déposé le 22 décembre 1849. *Moniteur* de 1849, p. 4055-4109), et enfin rejetée à la suite d'une discussion assez confuse, le 9 mai 1851 (*Moniteur* de 1851, p. 1325). Un jurisconsulte distingué, enlevé prématurément à ses travaux sur le Code civil, critique dans un de ses récents volumes les dispositions de l'art. 1781, qu'il considère comme une dérogation au droit commun tout à la fois inutile et illégitime (V. Marcadé sur l'art. 1781, n° IV). Nous devons encore mentionner ici une loi toute spéciale, dont les dispositions tendent à atténuer la rigueur de l'art. 1781, en ce qui concerne la quotité des gages et le montant de certaines avances. C'est la loi du 7 mars 1850 sur les moyens de constater les conventions entre patrons et ouvriers, en matière de tissage et de bobinage. Aux termes des art. 1 et 2, le patron est tenu d'inscrire sur un « *livret spécial* appartenant à l'ouvrier, et laissé entre ses mains, » le poids et les dimensions de la matière première qu'il lui livre, ainsi que le prix de la façon. L'art. 8 établit une amende de 11 à 15 fr. en cas de contravention.

[1] Toullier, X, n° 453 ; Merlin, *Rép.*, v° AFFIRMATION ; MM. Duvergier, n° 305 ; Duranton, n° 236 ; Troplong, n° 883.

[2] Arrêt du 16 novembre 1826.

bandi. Tout disposés que nous sommes à restreindre autant que possible l'art. 1781, l'affirmative nous paraît seule soutenable : en effet, quand le maître prétend avoir payé des à-compte, qu'il les oppose sous forme de compensation ou qu'il les réclame par une demande principale, il joue toujours le même rôle, et en vertu des principes généraux ce serait à lui de faire la preuve ; mais l'art. 1781 l'en dispense, et cela d'une manière absolue, sans distinction.

168. Faut-il étendre notre article au cas où le domestique réclame les effets laissés chez son maître ?

Nous ne le pensons pas [1]. Le texte ne contient pas un seul mot qui fasse allusion à cette espèce toute particulière. Ce qu'il règle, c'est le contrat de louage et non les rapports qui naissent à l'occasion du louage. Il est de principe que les exceptions s'interprètent d'une façon rigoureuse.

Il ne faut pas non plus étendre les dispositions de notre article à d'autres qu'à la personne du maître. Cependant si l'héritier avait été associé au gouvernement de la maison, si c'était le conjoint ou l'enfant du *de cujus*, on pourrait peut-être lui accorder les mêmes droits qu'au maître lui-même [2].

169. 2° *Prescription*. — La prescription n'est qu'une espèce de preuve, une présomption établie par la loi ; elle nous offre aussi des règles spéciales au louage des domestiques et des ouvriers.

Leur action en demande de salaires se prescrit par un an, s'ils sont loués à l'année (art. 2272, 5e al.), sinon par six mois (art. 2271, 3e al.) ; par un an, quelle que

[1] *Sic* Duvergier, n° 312 ; Henrion de Pansey, chap. xxx, n° 5, Cassation, 22 frimaire an IX. *Contra*, Troplong, n° 888.

[2] *Sic* Duvergier, n° 307 ; Troplong, n° 890.

soit la durée de leur engagement, s'il s'agit d'ouvriers maritimes (art. 433, 4ᵉ al., C. comm.).

170. 3° *Garanties des obligations qui naissent entre les parties.* — L'obligation du maître une fois reconnue est garantie par un privilége général sur les meubles du débiteur et subsidiairement sur les immeubles.

Les gens de service ont privilége pour les salaires de l'année échue et de l'année courante (art. 2101, 4°).

Les ouvriers employés directement par le failli ont le même privilége pour les salaires du mois qui a précédé la déclaration de faillite (art. 549, C. comm., 1ᵉʳ al.).

Enfin, les ouvriers employés à la construction, à l'armement ou à l'équipement d'un navire, ont privilége sur le prix de ce navire (art. 191, 8°, C. comm.).

171. Si des obligations du maître nous nous reportons à celles des personnes qu'il emploie, nous ne trouvons aucune garantie spéciale, sauf le *livret*, en ce qui concerne les ouvriers.

Le livret est une espèce de passe-port délivré par l'autorité, contenant toutes les indications relatives à l'identité, à l'état civil et à la profession du porteur; mentionnant l'établissement industriel où il travaille, et enfin portant l'acquit des engagements antérieurs. C'est à la fois une sûreté pour le maître et une mesure de police pour le gouvernement.

172. Etabli sous l'ancien régime [1], supprimé par la Constituante, le livret a reparu sous l'Empire avec la loi du 22 germinal an XI et l'arrêté du 9 frimaire an XII; il se trouve maintenant régi par la loi du 14 mai 1851, celle du 22 juin 1854, et enfin le décret du 30 avril 1855.

[1] V. lettres patentes de 1749.

Le livret n'est imposé ni aux contre-maîtres [1], ni aux apprentis [2], ni aux journaliers [3], ni aux garçons de ferme [4], ni, à plus forte raison, aux domestiques [5]. La loi ne parle que des ouvriers, et ce mot doit être pris dans un sens restreint : le texte de l'art. 1er de la loi de 1854 le démontre d'une manière évidente. « Les ouvriers de l'un et de l'autre sexe attachés aux manufactures, fabriques, usines, mines, minières, carrières, chantiers, ateliers et autres *établissements industriels*, ou travaillant chez eux pour un ou plusieurs patrons, sont tenus de se munir d'un livret. »

173. Le livret est délivré par le maire ; à Paris, par le préfet de police ; à Lyon, par le préfet du Rhône [6]. Il reste entre les mains de l'ouvrier [7]. Seulement le patron y inscrit : 1° la date de l'entrée de l'ouvrier, 2° la date de la sortie, 3° l'acquit des engagements, 4° le montant des avances qui restent dues dans la limite de 30 francs [8]. Ces avances ainsi restreintes sont remboursables au moyen d'une retenue d'un dixième sur le salaire journalier de l'ouvrier [9]. Mais elles ne font point obstacle au congé de l'ouvrier. « L'ouvrier qui a terminé et livré l'ouvrage qu'il s'était engagé à faire pour le patron, qui a travaillé pour lui pendant le temps réglé soit par le contrat de louage, soit par l'usage des lieux, ou à qui le patron refuse de l'ou-

[1] Cass., 22 fév. 1839 (Dev., 39, 1, 891).
[2] *Ibid.*
[3] *Ibid.*
[4] Cass., 30 juin 1836 (36, 1, 556).
[5] Rejet, Ch. crim., 14 nov. 1840 (41, 1, 429), Cass., Ch. crim., 15 juillet 1854 (54, 1, 744).
[6] Art. 2, loi du 22 juin 1854.
[7] Art. 6, *ibid.*
[8] Art. 4, *ibid.*; art. 4, loi du 14 mai 1851.
[9] Art. 5, loi du 14 mai 1851.

vrage ou son salaire, a le droit d'exiger la remise de son livret et la délivrance de son congé, alors même qu'il n'a pas acquitté les avances qu'il a reçues [1]. »

174. Les chefs ou directeurs d'établissements industriels ne peuvent employer aucun ouvrier qui ne soit muni d'un livret en règle [2]; sinon ils s'exposent non plus seulement à des dommages-intérêts envers le patron précédent, mais encore à des peines de police [3]. L'ouvrier lui-même est soumis à des peines semblables [4]. De plus, il ne peut figurer au nombre des prud'hommes qu'après avoir satisfait à l'obligation du livret [5].

175. Nous n'insisterons pas davantage sur des détails qui rentrent dans le domaine du droit administratif. Il nous suffira de constater et de résumer en quelques mots cette double garantie offerte au patron :

Garantie de l'ouvrage, — par le refus du congé et l'impossibilité pour l'ouvrier de trouver du travail autre part;

Garantie des avances, — jusqu'à concurrence de 30 francs, — par la mention sur le livret et la retenue d'un dixième.

176. 4° *Durée du contrat.* — La liberté de sa nature est inaliénable ; or, engager sa vie entière au service d'autrui, c'est aliéner sa liberté. Une pareille convention ne saurait donc être permise dans un pays libre.

Ce sont ces principes, déjà proclamés par la Con-

[1] Loi du 14 mai 1851, art. 2.

[2] Loi du 22 juin 1854, art. 3.

[3] *Ibid.*, art. 11. Comparez cet article avec les art. 11 et 12 de la loi de germinal.

[4] *Ibid.*, art. 11.

[5] *Ibid.*, art. 15.

stitution de l'an III (art. 15 de la déclaration des droits), que le Code consacre dans l'art. 1780 :

Art. 1780. — « On ne peut engager ses services qu'à temps ou pour une entreprise déterminée. »

Tout moyen indirect de déroger à l'esprit de l'article serait nul comme violant un principe fondamental de droit. Les juges devront apprécier sous ce point de vue la longueur du délai, la durée probable du travail entrepris, etc., etc. [1].

Quant à l'obligation du maître, le même motif n'existe pas ; elle pourra être illimitée dans sa durée.

La conséquence pratique de l'art. 1780, c'est que le domestique ou l'ouvrier engagés pour toute leur vie pourront dissoudre le contrat, sans être tenus de dommages-intérêts.

Les gages payés pour les services passés seront évalués d'après la nature des services et l'usage des lieux, mais non d'après le taux fixé par la convention ; la convention se trouve annulée dans toutes ses parties ; le salaire a pu être baissé ou haussé en considération même de la longue durée du contrat [2].

177. La *nullité* (qui est entière) *est-elle absolue* ? — En d'autres termes, peut-elle être invoquée par le maître comme par le domestique ?

L'immense majorité des auteurs se prononce pour l'affirmative [3] ; leur unique argument consiste à dire que la nullité est d'ordre public, et dès lors doit être absolue. J'accorde bien le principe, mais je nie la conséquence. Les nullités établies en faveur des mi-

[1] V. Delvincourt, III, p. 210 ; Zachariæ, III, p. 34 ; MM. Duranton, XVII, n° 226 ; Duvergier, II, n° 284 ; Troplong, n°s 852 et 859.

[2] M. Duvergier, n° 286.

[3] Duranton, n° 226 ; Zachariæ, III, p. 35 ; Duvergier, n° 285.

neurs, des interdits ou des femmes mariées, sont d'ordre public, car la protection des faibles, le respect de l'autorité maritale, la sauvegarde de la famille, tout cela est du plus haut intérêt pour la société; cependant ces nullités sont relatives : pourquoi? c'est que l'intérêt de la société se confond ici avec l'intérêt des incapables. Il en est exactement de même dans notre espèce. Quel est le but de la loi ? empêcher que la liberté des citoyens ne soit compromise : or, par cela seul que l'ouvrier ou le domestique peuvent, quand bon leur semble, invoquer la nullité du contrat, ils sont libres; c'est une espèce d'engagement qu'ils renouvellent à chaque jour, à chaque instant de leur vie, et qu'ils renouvellent de leur propre gré. Du moment que le but de la loi est atteint, l'ordre public est satisfait, et le maître ne devra pas profiter d'une disposition introduite contre lui.

178. *Causes d'extinction.* — L'art. 1780 nous fournit une *première cause* d'extinction du louage de services.

Une *seconde cause* se trouve dans la *renonciation* de l'une des parties, lorsqu'aucun terme n'a été stipulé. Quand un terme a été stipulé, la renonciation ne peut avoir lieu sans dommages-intérêts, même de la part du domestique, même pour cause honorable; par exemple, pour se marier ou pour s'engager dans l'armée; il y a là infraction volontaire du contrat : il en serait autrement s'il s'agissait d'obéir à la loi sur le recrutement ; en ce cas il y a une véritable force majeure.

Une *troisième* dans l'*échéance du terme* convenu. Le terme, du reste, peut être tacite : par exemple, le louage des gens de travail à la campagne est toujours

supposé pour un an, parce qu'en hiver se trouve le chômage; en été, au contraire, les travaux pénibles, pressés, et par conséquent recherchés.

Une *quatrième* dans la *violation des engagements* réciproques; ainsi, par exemple, mauvaise conduite de la part du domestique, mauvais traitements de la part du maître.

Dans tous ces cas, la preuve reste abandonnée aux règles du droit commun; l'affirmation ou la dénégation du maître ne sauraient suffire en sa faveur. Nous n'aurions même pas rappelé ce principe, s'il ne s'était rencontré des auteurs pour soutenir le contraire [1]. C'est là une erreur évidente; rien n'autorise à étendre ainsi arbitrairement et indéfiniment l'art. 1781; dans cette voie déplorable je ne sais vraiment où l'on s'arrêterait.

179. Une *cinquième cause* d'extinction se trouve dans la *force majeure.*

Ce point est très-délicat; il a soulevé dans notre droit actuel, comme dans l'ancien droit français et en droit romain, de nombreuses controverses. Le Code garde le silence le plus complet. A-t-il voulu confirmer notre ancienne jurisprudence ou s'en référer au droit romain? Je ne le pense pas, car alors on aurait eu soin de préciser les règles diverses qu'on pouvait puiser à ces deux sources.

Il me paraît plus probable que les rédacteurs ont vu là une question d'intention, question de fait que le juge devra décider d'après les circonstances. — Ainsi, par exemple, je loue un ouvrier pour tel jour, pour faire ma vendange; le jour venu, le temps ne

[1] M. Troplong, n 867 *in fine.*

permet pas de vendanger : le salaire sera-t-il dû ? Non, en général, car dans la pensée des parties, le salaire était l'équivalent du travail promis. Mais il en pourrait être autrement, par exemple, si j'avais loué l'ouvrier à l'avance pour être sûr de ne pas en manquer le jour fixé, et pour ne pas subir tout à coup la hausse des salaires; dans ce cas, il y a un véritable marché à forfait.

De même encore pour le domestique malade; le contrat pourra être rompu ou maintenu, selon l'âge du domestique au moment du contrat, selon le montant des gages, selon la durée de la maladie, selon le genre de services rendus, selon la position du maître, etc., etc. — On le voit par ces quelques exemples, on ne saurait établir *à priori* aucune règle qui puisse satisfaire à toutes les exigences de la pratique. Le mieux est de s'en rapporter à la sagesse des tribunaux.

180. Enfin une *sixième cause* d'extinction est la *mort du domestique ou de l'ouvrier;* le contrat est fait *intuitu personæ*, en considération des qualités personnelles de celui qui loue ses services. Quelquefois même il en sera ainsi vis-à-vis du maître; et dès lors le contrat sera résolu par la mort de ce dernier.

181. 5° *Compétence.* — Les discussions qui peuvent s'élever entre le maître d'une part et les domestiques ou ouvriers sont si fréquentes et souvent si minimes, qu'il importe ici plus que jamais de rapprocher le juge du justiciable. Il y aura plus souvent à concilier qu'à juger, à consulter l'usage qu'à étudier les textes, à apprécier les circonstances en fait qu'à invoquer les principes du droit. La nécessité d'une compétence spéciale s'offrait tout naturellement à l'esprit du législateur.

Nous n'avons pas à développer ce sujet, qui nous entraînerait hors des limites de notre cadre; mais nous rappellerons qu'en vertu de l'art. 5 3° de la loi du 25 mars 1838 sur les justices de paix, les juges de paix connaissent sans appel jusqu'à la valeur de 100 fr., et à charge d'appel à quelque valeur que la demande puisse s'élever, « des contestations relatives aux engagements respectifs des gens de travail au jour, au mois et à l'année, et de ceux qui les emploient; des maîtres et des domestiques, ou gens de service à gages; des maîtres et de leurs ouvriers ou apprentis, sans néanmoins qu'il soit dérogé aux lois et aux règlements relatifs à la *juridiction des prud'hommes.* »

182. D'après l'art. 6 de la loi du 18 mars 1806, portant établissement d'un Conseil de prud'hommes à Lyon : « Le Conseil de prud'hommes est institué pour terminer par la voie de conciliation les petits différends qui s'élèvent journellement, soit entre des *fabricants* et des *ouvriers*, soit entre des *chefs d'atelier* et des *compagnons* ou *apprentis*. Il est également autorisé à juger jusqu'à la somme de 60 fr., sans forme ni frais de procédure et sans appel, les différends à l'égard desquels la voie de conciliation aura été sans effet. »

Plus tard, les Conseil de prud'hommes ont été étendus à tous les grands centres industriels, et leur compétence sans appel portée jusqu'au chiffre de 100 fr. (V. décret du 11 juin 1809; — avis du Conseil d'Etat du 20 fév. 1810; — décret du 3 août 1810; — décret des 6-17 juin 1848; — décret du 2 mars 1852; — loi du 1er juin 1853.)

183. On a remarqué que leur jurisprudence tendait à se soustraire au respect scrupuleux des conventions intervenues entre les parties : cette tendance a été

critiquée et elle méritait de l'être. Il est certain cependant que les conventions passées entre les maîtres et ouvriers peuvent souvent être entachées d'injustice, d'ignorance ou d'oppression, soit d'un côté, soit de de l'autre, selon que la main-d'œuvre est plus ou moins recherchée, ou plus ou moins avilie. Dans ce cas, les prud'hommes doivent établir en fait, dans leurs attendus, que le consentement a été entaché d'erreur, de dol ou de violence. Cette habitude aurait un double résultat également utile : d'abord, de rendre les prud'hommes plus circonspects à méconnaître les conventions des parties, et ensuite de donner à leurs sentences une efficacité définitive; car elles échapperaient alors à la censure de la Cour suprême.

184. A côté des prud'hommes et des juges de paix, il y avait encore, avant la loi du 14 mai 1851, une autre compétence spéciale; c'était celle de la police administrative. Aux termes d'un arrêté du 9 frimaire an XII (art. 6), combiné avec l'art. 19 de la loi du 22 germinal an XI, le préfet de police à Paris, les commissaires généraux dans les villes où il y en a d'établis, et les maires des communes dans les autres lieux, avaient la connaissance de tous les différends relatifs à la *remise des livrets* et à la *délivrance des congés*.

La loi de 1851 a supprimé cette juridiction anormale. L'art. 7 est ainsi conçu : « Les contestations qui pourraient s'élever relativement à la *délivrance des congés* ou à la rétention des livrets seront jugées par les Conseils de prud'hommes, et dans les lieux où ces tribunaux ne sont pas établis par les juges de paix, en se conformant aux règles de compétence et de procédure prescrites par les lois, décrets, ordonnances et règlements. »

185. La loi de germinal, profondément modifiée par des lois subséquentes, n'a jamais été abrogée entièrement. Aussi nous considérons comme étant encore en vigueur l'art. 21, dont voici le texte [1] : « En quelque lieu que réside l'ouvrier, la juridiction sera déterminée par *le lieu de la situation des manufactures ou ateliers* dans lesquels l'ouvrier aura pris du travail. » C'est une exception au principe général : *Actor sequitur forum rei.*

L'ouvrier même défendeur sera traduit devant le juge du lieu de la situation des manufactures ou ateliers et non devant le juge de son domicile. Ni la loi de 1838 ni celle de 1851 n'a dérogé à cette disposition : la première ne s'occupe que de la compétence *ratione materiæ* (et il s'agit ici de la compétence, *ratione personæ*); la seconde n'a trait qu'à la remise des livrets et à la délivrance des congés.

Un arrêt de la Cour suprême restreint l'application de l'art. 21 au cas de contravention ou délit [2]. Cette restriction ne me paraît pas possible en présence de la généralité des termes de la loi. L'art. 21 se trouve sous la rubrique du titre V *De la Juridiction;* évidemment ce titre régit tous ceux qui précèdent, c'est-à-dire le titre III, relatif aux « obligations des ouvriers et de ceux qui les emploient » tout aussi bien que les autres titres sur la police des manufactures, les contrefaçons de marques, etc.

186. Si le maître qui emploie l'ouvrier est commerçant, ce qui arrive toutes les fois qu'il exploite « une entreprise de manufactures (art. 632 C. com.), » l'ouvrier a le choix entre la juridiction civile et la juridic-

[1] *Sic* Dalloz, *Rép.*, v° Comp. des Tribunaux de paix, n° 179.

[2] Cass., 22 décembre 1855 (Dev., 56, 1, 25).

tion consulaire [1]. La loi sur les justices de paix n'a pas trait aux engagements commerciaux [2]. Un amendement qui avait pour but de déroger à la compétence des tribunaux de commerce comme à celle des tribunaux civils fut rejeté [3]. En outre, quand on arriva à l'art. 5, on refusa d'ajouter au 3° les contestations entre les négociants et leurs commis, parce qu'elles sont toutes du ressort de la juridiction consulaire [4].

Néanmoins, la juridiction des prud'hommes doit être maintenue en tout état de cause. C'est une juridiction exceptionnelle qui ne rentre pas dans la juridiction civile, et qui, par sa nature même et le but de son institution, est exclusive de toute autre compétence [5].

[1] *Sic* Paris, 2 juillet 1831 ; Poitiers, 20 février 1851. V. aussi la note sur ledit arrêt (Dev., 51, 2,637).

Ce dernier arrêt est une application d'un principe plus général consacré par la Cour suprême, à savoir que le demandeur a le choix entre les deux juridictions toutes les fois que l'acte, objet du litige, n'est pas commercial à son égard, bien qu'il le soit à l'égard du défendeur. V. Cass., 12 décembre 1837 (37, 1, 412); Cass., 6 novembre 1843 (44, 1, 168.)

Dans le sens qui exclut la compétence commerciale, voyez : Bordeaux, 21 février 1826; Montpellier, 10 juillet 1830 ; Bourges, 5 janvier 1842; Limoges, 8 juillet 1842; Douai, 14 février 1843; ces trois derniers cités par Dalloz, n° 169.

[2] Nous reviendrons sur cette question à propos des entrepreneurs de transports, et en particulier des chemins de fer (V. n° 253).

[3] V. Duvergier, *Collection des lois*, t. XXXVIII, p. 345, note 1.

[4] V. les paroles de M. Portalis, citées par Dalloz, n° 158.

[5] *Sic* Conseil d'État, 14 juillet 1841 (Dev., 42, 2, 46).—Cette ordonnance décide qu'aucune loi postérieure n'a dérogé aux dispositions de l'arrêté du 9 frimaire an XII, combinées avec celles de la loi du 22 germinal an XI. — *Sic* Carré, *Compétence*, VI, n° 446; Foucart, I, art. 241. *Contra*, Curasson, *Comp. des Juges de paix*, I, art. 5, 5e partie, n° 21 ; Favard de Langlade, *Rép.*, v° Apprentis, n° 1 ; Cass., 1er juillet 1824; V. aussi *Journal du Palais*, *Rép.*, v° Ouvriers, n° 77.

SECTION II. — SERVICES RENDUS PAR LES APPRENTIS.

187. Après avoir vu ce qui concerne les domestiques et ouvriers, nous nous trouvons naturellement amenés à l'étude du contrat d'apprentissage, l'un des contrats les plus curieux et les plus intéressants qui puissent attirer l'attention du jurisconsulte.

A vrai dire, il y a plutôt là un échange qu'un louage de services; car les services promis sont en général réciproques. Le maître s'engage à enseigner un certain métier à l'apprenti; l'apprenti promet, en retour, un certain travail ou une somme d'argent, souvent les deux à la fois.

Néanmoins, comme l'intervention d'un prix est fréquente, et que d'ailleurs, sous d'autres rapports, ce contrat se rattache d'une manière intime au louage de services, nous l'avons compris sous le même titre, et nous le considérerons comme une espèce particulière du même genre et non comme un genre distinct et séparé.

188. *Historique.* — Le contrat d'apprentissage se trouva d'abord, comme nous l'avons vu, soumis au régime des jurandes et des maîtrises, régime protecteur dans l'origine, devenu plus tard exclusif et oppressif, et aboli comme tel en 89. C'était l'époque où on proclamait les grands principes des économistes, la liberté industrielle, la concurrence commerciale. Malheureusement on oublia que, pour l'enfant, la liberté est une chose illusoire, impossible; car sa faiblesse et son inexpérience ne lui permettent ni de refuser ni de comprendre les conditions qu'on lui

impose. D'un autre côté, s'il est nécessaire de protéger l'apprenti contre le maître, il est souvent utile de protéger le maître contre l'ex-apprenti devenu ouvrier et infidèle à ses engagements.

La loi du 23 germinal an XI vint donner en partie satisfaction à ces besoins. Elle indiqua (art. 9) certains cas de résiliation du contrat sans dommages-intérêts, pour inconduite de l'apprenti, mauvais traitements de la part du maître, travail excessif exigé de l'apprenti, etc.; elle obligea l'apprenti à se munir, à l'expiration de son apprentissage, d'un congé d'acquit délivré par le maître. Ces dispositions, sages en elles-mêmes, étaient encore bien incomplètes, bien insuffisantes pour prévenir les nombreux abus engendrés par l'avidité ou l'immoralité des maîtres, la mauvaise foi des apprentis, la négligence des parents. Les Conseils de prud'hommes, par leur jurisprudence paternelle, apportèrent une amélioration notable à l'ancien état de choses : ils consacrèrent dans la pratique un certain nombre de règles équitables, établies par l'usage ou inspirées par le sentiment de la justice.

189. Un ensemble de mesures larges et efficaces manquait encore. Après un demi-siècle d'attente, notre dernière Législative est venue remplir ce vide par la loi du 22 février 1851. Elle comprit que l'apprentissage est l'école du pauvre; qu'il importe, dès lors, de le surveiller, de le moraliser autant que possible, car il contient en germe les générations futures dont les bras et l'intelligence doivent soutenir et vivifier notre industrie [1].

La loi se divise en deux titres : l'un relatif au con-

[1] On peut voir à ce sujet le remarquable rapport de M. Collet (*Moniteur* des 27 décembre 1850 et 5 janvier 1851).

trat lui-même, l'autre relatif à la compétence [1]. Le premier se subdivise en quatre sections.

190. SECTION I. — *De la nature et de la forme du contrat.* — Et d'abord la définition du contrat :

« Art. 1er. Le contrat d'apprentissage est celui par lequel un fabricant, un chef d'atelier ou un ouvrier s'oblige à enseigner la pratique de sa profession à une autre personne, qui s'oblige en retour à travailler pour lui ; le tout à des conditions et pendant un temps convenus. »

Quant à la forme, rien de spécial, si ce n'est que l'acte peut être reçu par les secrétaires des Conseils de prud'hommes et les greffiers de justices de paix, aussi bien que par les notaires (art. 2) [2].

Si un acte est dressé, il doit être signé par le maître et les représentants de l'apprenti : père, mère, tuteur, personne désignée par les parents, ou, à leur défaut, le juge de paix; il doit contenir l'indication précise de toutes ces personnes, ainsi que les conditions particulières du contrat (art. 3).

191. SECTION II. — *Des conditions du contrat.* — Sous cette rubrique, la loi expose certains cas d'incapacité pour le maître de l'apprenti. Ces incapacités découlent de l'âge, de l'état civil ou des antécédents judiciaires du maître.

Ainsi, le maître doit être âgé de vingt-un ans au moins (art. 14) ; n'avoir subi aucune condamnation pour

[1] Elle renferme quelques dispositions administratives dont nous n'avons pas à nous occuper ; nous nous contenterons d'analyser les dispositions de droit civil.

[2] Dans le projet du gouvernement, le contrat ne pouvait être formé que par écrit. Sur le proposition de M. Valette, il a été laissé sous l'empire du droit commun.

crime, pour attentat aux mœurs, ou bien à plus de trois mois de prison pour les délits prévus par les articles 388, 401, 405, 406, 407, 408 et 423 du Code pénal, c'est-à-dire pour vol, escroquerie, abus de confiance, fraude sur la vente des marchandises (art. 6).

L'incapacité provenant de l'âge n'existe pas vis-à-vis des apprentis majeurs (art. 4 : « Nul ne peut recevoir des apprentis mineurs, s'il n'est âgé de vingt et un ans au moins »). Au contraire, l'incapacité provenant des condamnations est générale ; l'art. 6 ne distingue pas : « Sont incapables de recevoir des apprentis les individus... »

Enfin, si le maître est célibataire ou en état de veuvage, il ne peut loger comme apprenties des jeunes filles mineures (art. 5).

Toutes ces incapacités sont établies, on le voit, dans un but de haute moralité; on veut préserver l'apprenti de l'inflence funeste d'un maître inexpérimenté, ou ayant déjà de mauvais antécédents. Elles sont d'ordre public et absolues; toute personne intéressée peut s'en prévaloir; cela résulte de l'esprit même qui a inspiré ces dispositions.

Quelques personnes demandaient qu'on y ajoutât une limite d'âge pour l'apprenti; elle fut repoussée, parce que l'apprentissage dès l'enfance est souvent une nécessité pour les familles. D'ailleurs, il n'y a là aucun danger, puisqu'aux termes de l'art. 8, le maître doit traiter son apprenti en bon père de famille. — Par des raisons analogues, on n'a pas limité non plus le nombre des apprentis que pourrait avoir un seul maître. En fait, le nombre des apprentis se limite de lui-même ; il dépend des ressources du maître, de son

activité, de son habileté, de son zèle, de mille circonstances que les tribunaux pourront toujours apprécier.

192. SECTION III. — *Des devoirs des maîtres et des apprentis.*

1° *Devoirs du maître.* — Ces devoirs comprennent l'éducation physique, intellectuelle, morale et professionnelle de l'apprenti.

Éducation *physique.* — L'apprenti ne peut être employé à des travaux insalubres ou au-dessus de ses forces (art. 8, al. 3). La durée de son travail est limitée à douze heures, s'il est âgé de quatorze à seize ans, — à dix, s'il est âgé de moins de quatorze ans (art. 9, al. 1 et 2). Aucun travail de nuit (c'est-à-dire entre neuf heures du soir et cinq heures du matin), au-dessous de seize ans (art. 9, al. 3).

Il est vrai que cette limitation du travail peut être modifiée par un arrêté du préfet, sur l'avis du maire (art. 9, al. 7). Nous aurions préféré qu'elle fût absolue, pour qu'un principe aussi salutaire prît une stabilité en quelque sorte inébranlable et s'enracinât dans les mœurs. Mais telle qu'elle est, c'est déjà un grand bienfait.

En cas de maladie ou d'absence, les parents de l'apprenti doivent être prévenus (art. 8, al. 2).

Education *intellectuelle.* — Si l'apprenti, âgé de moins de seize ans, ne sait pas lire, écrire et compter, le maître doit lui accorder deux heures par jour pour son instruction (art. 10).

Education *morale.* — Ces deux heures seront également consacrées à son instruction religieuse, s'il n'a pas déjà fait sa première communion (art. 10).

Aucun travail ne peut être exigé de l'apprenti, les

dimanches et jours de fête, si ce n'est le rangement de l'atelier, et encore seulement jusqu'à dix heures du matin (art. 9, al. 6).

Enfin, le maître doit « surveiller sa conduite et ses mœurs, soit dans la maison, soit au dehors, et avertir ses parents ou leurs représentants des fautes graves qu'il pourrait commettre, ou des penchants vicieux qu'il pourrait manifester (art. 8, al. 1). »

Education *professionnelle*. — « Le maître doit enseigner à l'apprenti *progressivement* et *complétement* l'art, le métier ou la profession spéciale qui fait l'objet du contrat (art. 12). » Sauf convention contraire, l'apprenti ne peut être employé qu'aux travaux de sa profession (art. 8, dernier al.).

Le *congé d'acquit*, délivré à la fin de l'apprentissage, constate que l'apprenti a fidèlement rempli tous ses engagements.

Un mot résume tous ces devoirs, et nous montre l'esprit qui doit présider à l'interprétation de toutes ces règles. « Le maître doit se conduire envers l'apprenti en *bon père de famille*. »

193. 2° *Devoirs de l'apprenti*. — Pendant la durée de l'apprentissage, l'apprenti doit respecter son maître, lui obéir et l'aider dans la mesure de ses forces (art. 11, al. 1). — Après, il doit acquitter le prix de son apprentissage, s'il ne l'a déjà fait. Il doit aussi remplacer par son travail le temps qu'il n'a pu employer par suite de maladie ou d'absence ayant duré plus de quinze jours (art. 11, al. 2).

Enfin, cette section est terminée par une mesure de précaution fort sage. Un des abus les plus fréquents en cette matière, c'est le détournement de l'apprenti par un ouvrier ou un fabricant qui lui offre des con-

ditions plus avantageuses. L'insolvabilité de l'apprenti rend d'ordinaire le recours du maître abandonné à peu près illusoire; pour éviter ce résultat, l'art. 13 déclare celui qui a détourné l'apprenti passible de tout ou partie de l'indemnité prononcée en faveur du maître abandonné.

194. SECTION IV. — *De la résolution du contrat.* — C'est peut-être dans cette section que la loi de 1851 a introduit les innovations pratiques les plus heureuses. Elle a établi trois sortes de résolutions :

1° *Résolution facultative*, pendant les deux premiers mois d'apprentissage, qui sont considérés de part et d'autre comme un temps d'essai (art. 14).

2° *Résolution de plein droit*, par suite, soit de la mort, soit de l'appel sous les drapeaux, soit d'une condamnation judiciaire (du genre de celles mentionnées en l'art. 6) du maître ou de l'apprenti; pour les filles mineures, par suite du décès de l'épouse ou de toute autre femme de la famille qui dirigeait la maison à l'époque du contrat (art. 15).

Quid en cas d'absence, d'interdiction et de séparation volontaire ou judiciaire? La loi se tait, et son silence ne peut être arbitrairement suppléé; la position du chef de famille dans ces divers cas n'est pas exactement la même. Du reste, les Conseils de prud'hommes sont armés de pleins pouvoirs pour dissoudre le contrat, si le maître ne continuait pas à se conduire envers ses apprentis comme un bon père de famille.

195. 3° *Résolution obtenue sur la demande des parties ou de l'une d'elles* (art. 16); en cas d'infraction grave ou habituelle aux dispositions de la loi; en cas d'inexécution des conventions; en cas d'inconduite

habituelle de l'apprenti ou d'un changement de résidence du maître (dans ce dernier cas, la demande doit être intentée dans le délai de trois mois); en cas de condamnation du maître ou de l'apprenti à un emprisonnement de plus d'un mois; dans le cas où l'apprenti viendrait à contracter mariage, et, enfin, dans le cas où le temps convenu dépasse le maximum de durée consacré par les usages locaux; ici, du reste, les tribunaux pourront se contenter de réduire la durée du contrat.

196. Le second titre de la loi du 22 février 1851, relatif à la compétence, maintient la compétence des prud'hommes, et, à leur défaut, celle des juges de paix (art. 18 et 19). Les autres articles de ce titre rentrent dans le domaine du droit administratif ou du droit criminel : nous n'avons pas à nous en occuper.

SECTION III. — Services rendus par les matelots.

197. Parmi les hommes qui louent leurs services, il n'en est pas de plus dignes d'attention que les matelots ou gens de mer; leur vie séparée en quelque sorte du monde ordinaire par toute l'étendue de l'océan qu'ils parcourent, les privations qu'ils supportent, les dangers qu'ils bravent, les travaux rudes et pénibles qu'ils accomplissent, leurs mœurs excentriques, la nécessité d'une discipline rigoureuse à bord du navire, les intérêts suprêmes de la navigation et du commerce, tout cela exigeait impérieusement des dispositions législatives spéciales pour réglementer les droits et les devoirs attachés à cette profession,

Comme nous l'avons déjà dit (n° 115), le Code de commerce a écarté toutes les dispositions relatives à

la police et au droit public. Il ne s'agit ici que des relations commerciales des matelots vis-à-vis des capitaines, armateurs ou patrons. Tout ce qui concerne l'inscription maritime, l'organisation des classes, les mesures disciplinaires, correctionnelles ou criminelles, tout cela reste en dehors de notre sujet. Nous examinerons ce qui a trait : 1° à la preuve ; 2° à l'inexécution ; 3° aux garanties du contrat ; 4° à la prescription des actions qui en résultent.

198. I. PREUVE DU CONTRAT. — L'engagement des matelots est constaté « par le rôle d'équipage ou par les conventions des parties (art. 250 C. comm.). » Le rôle d'équipage consiste dans un registre tenu par le capitaine, coté et paraphé par un des juges du tribunal de commerce, ou par le maire ou son adjoint dans les lieux où il n'y a pas de tribunal de commerce (art. 224 C. comm.). Quelques auteurs [1] pensent qu'un écrit est toujours nécessaire ; je ne le crois pas. Le texte de l'article met sur la même ligne le rôle d'équipage et les conventions des parties ; il ne dit pas que ces conventions devront être écrites. L'ordonnance de 1681 s'exprimait d'une manière différente : « Les conventions des maîtres avec les gens de leur équipage seront rédigées par écrit et en contiendront toutes les conditions... ; sinon les matelots en seront crus à leur serment (art. 1, titre IV, livre III). » Le Code de commerce n'a pas reproduit le texte de l'ordonnance, et, par conséquent, la preuve reste sous l'empire du droit commun [2].

199. II. INEXÉCUTION DE LA CONVENTION. — Les divers cas où se présente l'impossibilité d'exécuter la con-

[1] V. M. Bravard-Veyrières, p. 347.
[2] *Sic* Pardessus, t. III, n° 625 ; Boulay-Paty, t. II, p. 627.

vention intervenue sont nombreux. Il s'agit alors de régler le payement des salaires, et quelquefois les dommages-intérêts : ce règlement varie selon que le matelot est en faute ou non, selon qu'il est employé au voyage ou au mois, selon qu'il a montré un zèle plus ou moins grand pour les intérêts et la défense du navire.

1° *Rupture*[1] *du voyage par le fait du capitaine propriétaire ou affréteur* (art. 252 C. comm.).

Si la rupture a lieu avant le départ du navire, le contrat se trouve résolu; l'indemnité des matelots consiste dans les avances reçues ou le payement d'un mois de gages.

Si la rupture a lieu après le voyage commencé[2], les matelots loués au voyage reçoivent les gages convenus en entier; les matelots loués au mois reçoivent les loyers du temps de service écoulé, et, en outre, moitié de leurs gages pour la durée présumée du voyage[3].

[1] Que doit-on entendre par les mots « rupture du voyage? » S'il y a changement de capitaine, de navire ou de destination, y a-t-il rupture de voyage? Selon nous, cette question doit être décidée dans chaque espèce, d'après les circonstances. A la rigueur, le voyage n'est plus le même dès qu'un de ses éléments est changé; mais il faut voir si, dans l'intention des parties, le contrat avait été fait en vue du navire, du capitaine ou de la destination.

[2] Les auteurs prétendent que le voyage est censé commencé quand le navire a navigué au moins vingt-quatre heures (*Sic* Locré, sur l'art. 252; Dageville, II, p. 287; Boulay-Paty, II, p. 198.). Telle était l'opinion de Valin dans l'ancien droit; mais elle me paraît insoutenable aujourd'hui, en présence du texte de l'art. 252, « avant le *départ* du navire. » Rien de plus précis que ces termes. Le voyage est commencé dès que le navire est en mer.

[3] L'indemnité fixée par l'art. 252 peut-elle être augmentée ou diminuée par les tribunaux, selon qu'elle est inférieure ou supérieure au préjudice réel? La négative est généralement admise par les auteurs, et avec raison; la loi fixe à l'avance le taux des dommages-intérêts précisément pour éviter une fixation judiciaire et toutes les difficultés qui en résulteraient. Elle a voulu prévenir des lenteurs et des frais préjudiciables

Dans tous les cas, ils ont droit à la conduite de retour jusqu'au port de départ, ou embarquement à bord d'un navire en route pour le port de départ.

Un arrêté de germinal an XII (art. 8) et une ordonnance du 12 mai 1836 ont réglé le prix de retour, soit par mer, soit par terre, pour le cas où le retour par mer est impossible (V arrêté de l'an V, art. 4). — La jurisprudence se montre en général très-sévère pour la stricte exécution du droit de retour. Ainsi, le retour doit toujours avoir lieu au port de départ, même si les conventions intervenues accordent à l'armateur faculté de désarmer dans un autre port [1], même s'il y a eu plusieurs voyages successivement entrepris d'un autre port à un autre port [2]. Le retour doit être procuré par l'armateur ou le capitaine; l'embarquement du matelot sur un navire avec salaire, sans intervention de l'armateur, ne dégage pas ce dernier [3]. Enfin, le droit de retour ne peut être compensé avec ce que le matelot pourrait devoir à l'armateur. Le repatriement est d'ordre public [4].

200. 2° *Rupture du voyage par cas fortuit* (art. 253, 254). — Par exemple, par suite d'interdiction du commerce avec le lieu de destination, ou bien arrêt par ordre du gouvernement. Avant le voyage commencé, résiliation du contrat; payement des journées employées à l'équipage du navire.

aux intérêts du commerce maritime, et véritablement ruineux pour de pauvres matelots (*Sic* Pothier, n° 199; Pardessus, III, n° 676; Dageville, II, p. 287; Boulay-Paty, II, p. 193; Delvincourt, II, p. 237).

[1] Tribunal de Marseille, 16 novembre 1826; J. Marseille, 7, 1, 335, cité par le *Journal du Palais, Rép.*, v° Gens d'équipage, n° 240.

[2] *Ibid.*

[3] Tribunal de Marseille, aff. Carnavant, *ibid.*, n° 238.

[4] *Ibid.*, 15 juillet 1833; *ibid.*, n° 239.

Pendant le cours du voyage : si la rupture a lieu par suite d'interdiction de commerce avec le lieu de destination, payement des loyers en proportion du temps de service; si elle a lieu par suite d'arrêt, les matelots au mois touchent moitié du salaire convenu pendant le temps de l'arrêt, les matelots en voyage reçoivent le payement intégral de leurs loyers.

On peut assimiler aux cas prévus par les art. 258 et 254 la simple déclaration de guerre avec une puissance maritime, ou le fait d'hostilités sur mer commencées, la peste, etc.

201. 3°. *Prolongation du voyage* (art. 255). — Les loyers sont augmentés en proportion.

4° *Diminution du voyage* (art. 256). — Les matelots ne subissent aucune diminution correspondante des salaires.

Dans ces deux dernières hypothèses (art. 255 et 256), il ne s'agit que de matelots engagés au voyage. Les autres sont payés au mois, d'après les termes de leur engagement. Il ne s'agit aussi que de prolongations ou de diminutions volontaires. Il en serait autrement au cas de force majeure. Une diminution de voyage par cas fortuit doit être assimilée à l'interdiction prononcée au cours du voyage. Les matelots seront payés en proportion du temps qu'ils auront servi. La prolongation du voyage doit être assimilée au contraire à l'arrêt, elle produit les mêmes effets; les matelots reçoivent le prix stipulé pour le voyage, et rien de plus [1].

5° *Prise, bris ou naufrage* (art. 258 et 259). — Si la

[1] *Sic* Valin sur l'art. 6, tit. IV, liv. III; Pardessus, III, n° 686; Delvincourt, II, p. 659; Boulay-Paty, II, p. 212 et 215; Dageville, II, p. 306; Locré sur les art. 256 et 257; Goujet et Merger, n° 244.

perte est totale, aucun loyer n'est dû ; les matelots gardent les avances.

Si la perte est partielle, les matelots engagés au voyage ou au mois sont payés de leurs salaires sur les débris et subsidiairement sur le fret.

La combinaison des art. 258 et 259 avec l'art. 271 a soulevé des difficultés assez délicates. L'art. 259, 2e al., accorde aux matelots le payement de leurs loyers sur le fret; mais il suppose que des marchandises ont été sauvées [1]; il semble n'avoir en vue que le fret résultant des marchandises sauvées. L'art. 271 affecte sans distinction et d'une manière générale le fret au payement des matelots. Or, il est possible qu'il n'y ait pas de marchandises sauvées du naufrage, et cependant qu'une portion du fret ait été gagnée. Par exemple, le voyage s'est fait par escales; la perte du navire n'a eu lieu qu'après une ou deux escales, pendant lesquelles on a débarqué des marchandises. Ou bien les matelots sont engagés pour l'aller et le retour; le naufrage a lieu au retour. Les matelots ont-ils droit au fret des escales précédentes dans le premier cas, et au fret d'aller dans le second?

Quatre systèmes ont été soutenus. Le premier refuse aux matelots aucun droit sur le fret. Les termes de la loi sont absolus; il faut que le matelot ait toujours un intérêt considérable à la conservation du navire ; si le premier fret perçu lui assurait le payement de ses loyers, cet intérêt disparaîtrait [2].

[1] « Si les débris ne suffisent pas, ou s'il n'y a que des *marchandises sauvées*, ils sont payés de leurs loyers subsidiairement sur le fret. »

[2] *Sic* Valin sur l'art. 8, liv. III, art. 4, ord. de 1681 ; Bécane sur Valin, *ibid.*; Delaporte sur l'art. 258 du C. comm. ; Bordeaux, 24 juillet 1834 ; Tribunal de Marseille, 15 février 1831 (J. Marseille, 13, 1, 73); Tri-

Le second système admet le payement des matelots sur le fret pour la totalité de leurs loyers [1].

Dans un troisième système, on applique par analogie l'art. 356 C. comm., relatif à l'assurance maritime; les matelots toucheront la moitié de leurs loyers [2].

Enfin, dans un quatrième système, on cesse de considérer le voyage comme un tout indivisible; le matelot perd les loyers correspondant à cette portion de voyage qui s'est terminée par le naufrage; mais le fret acquis antérieurement demeure affecté au payement des loyers dus pour la première partie du voyage, c'est-à-dire pour l'aller ou pour les escales précédentes [3]. Ce dernier système nous paraît préférable. Il concilie les textes d'une manière satisfaisante; il intéresse le matelot à la conservation du navire, sans lui faire subir des pertes trop sensibles et véritablement exagérées.

Quel que soit le résultat du sauvetage, les matelots reçoivent le prix des journées qu'ils y ont employées (art. 261); ce prix est même garanti par privilége, conformément au principe général posé par l'article 2102, 3°, C. Nap.

202. 6° *Maladie ou blessure du matelot pendant le*

bunal de Marseille, 15 mai 1833 (J. Marseille, 13, 1, 170), cités par le *Journal du Palais, Rép.*, v° Gens d'équipage, n°s 326, 327, 329.

[1] Émerigon, t. II, chap. 17, section 11, § 2.

[2] Delvincourt, II, p. 242 et 243.

[3] Boulay-Paty, *Droit commercial et maritime*, II, p. 221 et suiv.; Pardessus, III, n° 681; Locré sur l'art. 258; Dageville, II, p. 312; Goujet et Merger, n° 250; Rouen, 29 décembre 1831 (Assureurs maritimes, c. Heurtaut; jugement rapporté sous l'arrêt de la Cour d'Aix, du 19 décembre 1830, Connac c. Bonnet); Tribunal de Marseille, 5 janvier 1830 (J. Marseille, 11, 1; 122); arrêts et jugements cités par le *Journal du Palais, Rép.*, v° Gens d'équipage, n°s 324 et 325.

voyage (art. 262-264). — Le matelot tombé malade ou blessé à bord, ou pour la défense du navire, est traité, pansé et payé intégralement aux frais du navire.

S'il est sorti du navire sans ordre du capitaine, il peut être congédié, et, dans ce cas, il ne reçoit ses salaires qu'en proportion de la durée de ses services.

S'il n'est pas congédié, les frais de pansement et de maladie sont à sa charge ; mais il reçoit ses salaires en entier [1].

7° *Mort du matelot* (art. 265). — Si le matelot est loué au mois, ses loyers sont dus à sa succession, jusqu'au jour de son décès.

S'il est loué au voyage, et que le décès ait lieu en allant, la succession touche moitié du salaire convenu ; elle reçoit la totalité si le décès a lieu au retour.

Dans tous les cas où le matelot périt pour la défense du navire, la totalité des gages est due à sa succession.

8° *Captivité du matelot pour la défense du navire* (art. 267). — Outre la totalité des loyers', le matelot peut encore réclamer une indemnité de 600 francs pour son rachat (art. 269).

9° *Congés* (art. 270). — Le congé donné par le capitaine peut avoir une juste cause ; dans ce cas, aucune indemnité n'est due au matelot. Le soin de décider s'il y a juste cause est abandonné aux tribunaux ; on peut citer comme exemples les mauvais antécédents, l'inexpérience, le caractère indocile du matelot.

Dans le cas contraire, l'indemnité est du tiers des loyers, si le congé a lieu avant le voyage commencé ; de la totalité des loyers et frais de retour, si c'est pen-

[1] *Sic* Boulay-Paty, II, p. 237. *Contra* Delvincourt, II, p. 246. — Le texte seul réfute l'opinion de Delvincourt ; Les salaires ne sont réduits qu'en cas où le matelot est congédié : « en ce cas... » dit l'art. 264.

dant le cours du voyage; avant la clôture du rôle d'équipage, le congé ne donne lieu à aucune indemnité. Le congé ne peut jamais être donné en pays étranger. L'ordonnance de 1784 (titre XIV, art. 15), encore en vigueur sur ce point, punit d'une amende de 300 livres par homme débarqué la contravention à cette disposition.

203. III. GARANTIES. — Les loyers des matelots sont garantis par privilége de sixième ordre sur le navire et le fret (art. 191, 6°; 271).

IV. PRESCRIPTION. — Ils se prescrivent par un an, après le voyage fini (art. 433).

En terminant cette analyse, il nous reste deux observations à faire.

La première, c'est que nous avons à dessein passé sous silence les articles relatifs aux matelots loués au profit ou au fret. En effet, dans ce cas, il y a plutôt association que louage d'industrie.

La seconde, c'est que toutes les dispositions précédentes sont communes aux *officiers* et à tous autres gens d'équipage (art. 272).

SECTION IV. — SERVICES RENDUS PAR LES REMPLAÇANTS MILITAIRES.

204. Notre ancienne législation [1] sur le recrutement de l'armée avait donné naissance à un nouveau genre

[1] Loi du 16 décembre 1789, recrutement par enrôlements volontaires; loi du 9 mars 1791, application du système de la loi de 89; loi du 24 janv. 1792, *idem*; loi du 24 fév. 1793, recrutement général, faculté de remplacement pour ceux qui sont en dehors du chiffre demandé; loi du 19 fructidor an VI, conscription, pas de remplacement (art. 19); loi du 10 mars 1818, faculté de remplacement (art. 18); loi du 9 juin 1824; loi du 21 mars 1832.

de louage de services, dont il importe de dire quelques mots.

Le service militaire est une dette que chaque Français doit acquitter envers la patrie, selon les chances du sort; mais on n'est pas tenu de l'acquitter en personne, il est permis de fournir un remplaçant. Le sacrifice que l'État exige, l'impôt du sang, comme on l'a appelé, devient alors pour l'un un sacrifice pécuniaire, pour l'autre une occasion de gain; le premier s'engage à payer un certain prix, le second à servir fidèlement sous les drapeaux. Tels étaient les principes consacrés par la loi du 21 mars 1832 (art. 19, al. 1).

205. Ces principes ont été modifiés par la loi du 26 avril 1855, relative à la création d'une dotation de l'armée, au rengagement, au remplacement et aux pensions militaires.

« Art. 5. Les jeunes gens compris dans le contingent annuel obtiennent l'*exonération* du service, au moyen de prestations versées à la caisse de la dotation, et destinées à assurer leur remplacement dans l'armée par la voie du rengagement d'anciens militaires.

« Art. 10. Le *mode de remplacement* établi par la loi du 21 mars 1832 est *supprimé, si ce n'est* entre frères, beaux-frères et parents jusqu'au quatrième degré. — La substitution du numéro autorisée par cette loi est maintenue.

« Art. 15. En cas d'insuffisance du nombre des rengagements et des engagements volontaires après libération, comparé à celui des exonérations, des *remplacements* sont effectués *par voie administrative.* Le prix de ces remplacements est à la charge de la dotation de l'armée.

« Art. 23. La présente loi est exécutoire à partir du 1er janvier 1856... »

Le système nouveau est bien simple : il se résume dans un seul mot : *exonération*. On se dispense du service militaire, non plus comme autrefois par la substitution d'une personne à une autre, mais par le payement d'une somme d'argent : voilà la règle. Par exception, le remplacement est admis entre certains parents ou alliés; il peut aussi être effectué par voie administrative, en cas d'insuffisance des rengagements et engagements volontaires.

Ainsi disparaissent les vastes compagnies qui s'étaient développées sous l'empire de la loi de 1832. Le contrat de remplacement lui-même s'efface presque entièrement. Toutefois, il ne sera pas inutile de l'étudier d'une façon en quelque sorte rétrospective; d'abord parce qu'il subsiste, pour l'avenir, dans quelques cas; ensuite et surtout, parce que les actes passés avant l'année 1856 se trouvant régis par l'ancienne loi, les tribunaux peuvent encore avoir l'occasion de juger des affaires de remplacement et de leur appliquer la loi de 1832.

206. L'art. 24, 2e al., est conçu en ces termes : « Les stipulations particulières qui pourraient avoir lieu entre les contractants, à l'occasion des substitutions et remplacements, seront soumises aux mêmes règles et formalités que tout autre contrat civil. »

Le contrat de remplacement reste donc dans le domaine du droit commun, sous l'empire des principes généraux. Néanmoins, son objet tout spécial, la nature des intérêts qu'il met en jeu, les intermédiaires par lesquels il se contracte, ont soulevé certaines questions que nous allons examiner.

207. *Rupture du contrat.* — Les premières difficultés qui se présentent ont trait à la rupture du contrat. Voici quelle en est la source. Il peut se faire que le remplaçant se trouve soustrait au service militaire, sans que le remplacé y soit appelé : cette double circonstance peut avoir lieu par suite de réforme, de désertion, licenciement et autres causes ; faut-il maintenir le contrat ou le déclarer dissous? Un grand nombre d'arrêts en sens divers ont été rendus; nous citerons les plus importants et nous examinerons en particulier les espèces qui les ont provoqués. Une règle générale nous semble dominer la matière, et nous la formulerons ainsi : le contrat subsiste et le prix doit être payé en entier, toutes les fois que le remplacé se trouve libéré par le fait du remplaçant.

Prenons, par exemple, le cas de désertion. Aux termes de l'art. 23 de la loi du 21 mars 1832, « le remplacé sera, pour le cas de désertion, responsable de son remplaçant pendant *un an*, à compter du jour de l'acte passé devant le préfet. Il sera libéré si le remplaçant meurt sous les drapeaux, ou si, en cas de désertion, il est arrêté pendant l'année. » Le remplaçant déserte après l'année de garantie, ou bien, après avoir déserté, il est arrêté avant l'expiration de ce terme; qu'importe au remplacé? Son but est atteint; il est libéré, par le fait du remplaçant, sauf à celui-ci à rendre compte de sa conduite devant la justice militaire. Il est vrai que, d'après l'article 58 du décret du 8 fructidor an XIII, « toutes les fois qu'un suppléant désertera ou sera réformé pour cause non provenant du service, les engagements contractés avec lui par le remplacé seront déclarés comme non avenus, et il sera tenu à rembourser toutes les sommes par lui reçues

du remplacé. » Mais cette disposition spéciale nous paraît avoir été abrogée par l'article 18 de la loi du 10 mars 1818 et l'article 24 du 21 mars 1832, qui soumettent le contrat de remplacement militaire aux règles ordinaires du droit civil[1].

Je déciderais de même pour le cas de réforme. D'après l'article 54 du décret du 8 fructidor an XIII, la réforme du remplaçant, après le délai de trois mois, ne peut donner lieu au rappel du remplacé. Le remplacé sera tenu de payer le prix convenu, car il est dispensé du service militaire, grâce à l'intervention de ce dernier[2].

208. On s'est encore demandé si le remplacé devrait la totalité de son prix, au cas où le remplaçant est appelé, en vertu d'une nouvelle loi, à servir pour son compte personnel. Cette question rentre dans le cas de force majeure dont nous avons examiné plus haut la théorie (n° 179). Mais ici l'intention des parties est bien évidente; l'objet du contrat, c'est la libération complète du service militaire; si cette libération n'est que partielle, le prix n'est dû qu'en proportion du temps pendant lequel elle a eu lieu[3].

La même solution doit être donnée si le remplacé n'avait été appelé que par erreur de l'administration.

[1] *Sic* Bordeaux, 12 février 1819; Orléans, 21 décembre 1822; Cassation, 9 février 1825; *Ibid.*, 14 février 1838 (38, 1, 249); Grenoble, 6 mai 1848 (49, 2, 14); Marcadé, art. 1779, III; M. Troplong, III, n° 831. *Contra*, Cass., 27 novembre 1817; *Ibid.*, 10 août 1818; *Ibid.*, 22 août 1826; *Ibid.*, 6 avril 1831 (31, 1, 274); 1er mars 1836 (36, 1, 467).

[2] *Sic* Cass., 27 janvier 1819.

[3] *Sic* Turin, 24 juin et 4 juillet 1810; Nîmes, 25 mars 1811; Rejet, 20 juin 1826; dissertation de Sirey annexée à un arrêt de Bruxelles du 25 juin 1812; Marcadé (art. 1779, III); M. Troplong (n° 834). *Contra*, Nîmes, 5 juillet 1809 et 8 août 1810; Bruxelles, 17 février 1810; Colmar, 2 janvier 1811; Bruxelles, 25 juin 1812; Rejet, 9 mai 1815.

Une fois l'erreur reconnue, le contrat devient inexécutable; mais s'il est résolu pour l'avenir, il subsiste dans le passé; il y a remplacement toutes les fois qu'il y a service militaire accompli en place d'une personne appelée sous les armes, à tort ou à raison; le remplaçant n'est pas juge de la validité de l'appel [1].

209. *Intermédiaires.* — Le contrat de remplacement, assez simple en lui-même, se complique par l'intervention ou l'intermédiaire d'autres personnes. Entre ceux qui désirent remplacer et ceux qui désirent se faire remplacer, il faut un lien; ce lien n'est pas toujours facile à créer d'une façon directe, surtout dans les grandes villes où l'on reste inconnu l'un à l'autre; de là sont nées les compagnies de remplacement qui réunissent à la fois ceux qui veulent s'exempter du service militaire et ceux qui consentent à le subir à prix d'argent. Alors il se forme un double contrat; d'une part, entre le remplaçant et la compagnie; d'autre part, entre la compagnie et le remplacé. Les parties n'ont entre elles aucuns rapports, si ce n'est ceux que nécessite l'accomplissement des formalités administratives.

210. De là il résulte que le remplaçant n'a *aucune action directe* contre le remplacé, en cas de faillite de la compagnie. En vain dirait-on que la compagnie est mandataire du remplacé [2]; cette assertion est inadmissible, car le remplaçant traite avec elle sans connaître le nom du remplacé, sans s'inquiéter de sa per-

[1] *Sic* Grenoble, 7 août 1811; Besançon, 9 mars 1812.

[2] *Sic* Montpellier, 24 janvier 1826; *Ibid.*, 25 juillet 1827; *Ibid.*, 1er août 1827; Rouen, 1er mai 1829; *Ibid.*, 6 août 1829; Nîmes, 8 juillet 1830; Montpellier, 26 novembre 1831; *Ibid.*, 26 janvier 1832 (Dev., 32, 2, 205).

sonne; et si ce dernier était insolvable, la compagnie n'en serait pas moins tenue de payer le prix.

En vain aussi voudrait-on admettre cette action directe dans la limite de ce qui reste dû à la compagnie, en s'appuyant sur ce qu'un contrat subsidiaire est intervenu entre le remplacé et le remplaçant [1]; ce contrat, à supposer même qu'il existât, ne ferait que confirmer les conventions conclues de part et d'autre avec la compagnie. La compagnie reste seule débitrice envers le remplaçant [2].

211. Celui-ci aura-t-il du moins *privilége* pour sa créance contre la compagnie?

L'affirmative a été soutenue [3].

Le remplaçant, dit-on, « conserve, par son service personnel sous les drapeaux, la somme due à la compagnie; » en conséquence, il doit être privilégié, aux termes de l'art. 2102, 3°. — Ce système ne nous paraît pas exact. Il ne s'agit pas ici de *frais* faits pour la conservation de la chose; le remplaçant a mis une certaine somme dans le patrimoine de son débiteur; mais il en est de même de tous les créanciers simplement chirographaires. Dira-t-on que le remplaçant a conservé la somme pendant l'année de garantie, par le fait seul de sa présence sous les armes? Qu'importe. Il s'agit de savoir non pas si la somme a été conservée, mais s'il y a eu des *frais de conservation*. Je veux bien qu'on étende le sens du mot frais, non-seulement aux dépenses proprement dites, mais encore aux salaires gagnés par un travail personnel; toujours est-il

[1] *Sic* Zachariæ (III, p.39); Lyon, 26 février 1834 (35, 2, 159); Bordeaux, 31 juillet 1832 (33, 2, 10).

[2] *Sic* Marcadé (art. 1779, III); M. Troplong, n°s 836 et 837; Rejet, 21 mai 1833 (33, 1, 765); Cass., 13 janvier 1841 (41, 1, 401).

[3] Lyon, 21 mars 1833 (33, 2, 539); M. Troplong, n° 838.

que la cause du privilége se rencontre dans un acte spontané, dont le créancier privilégié aurait eu le droit de s'abstenir. Tel n'est point le fait du remplaçant : il n'avait pas le droit de ne pas déserter; il s'est abstenu d'un crime, voilà tout; sa prétention au privilége de conservateur est aussi ridicule que le serait la prétention d'un créancier chirographaire qui soutiendrait avoir conservé la chose de son débiteur, parce qu'il se serait abstenu de la lui faire perdre par un vol. Enfin, il ne faut pas oublier que les priviléges de l'art. 2102 sont des priviléges spéciaux « sur certains meubles. » L'objet du privilége est nécessairement un *corps certain* ; et cette circonstance n'est pas indifférente, car les priviléges spéciaux, par cela même qu'ils sont restreints à un objet déterminé, sont bien moins dangereux que les priviléges généraux pour le crédit du débiteur. Il n'est pas permis de transformer arbitrairement un privilége spécial en un privilége général; or, cette transformation est nécessaire pour appliquer au remplaçant le 3° de l'art. 2102, car la chose conservée n'est autre qu'une somme d'argent. Il faut donc repousser ce prétendu privilége, par cela seul qu'il ne rentre pas dans les termes du Code [1].

212. *Intervention du père ou tuteur.* — Quelquefois, outre la compagnie, une quatrième personne intervient dans le contrat; c'est le père ou le tuteur du remplacé. Pas de difficulté dans le dernier cas; le tuteur agit au nom du mineur; celui-ci est seul obligé. Dans le premier cas, le père sera également réputé

[1] *Sic* Marcadé (art. 1779, III); Paris, 16 août 1838 (38, 2, 514); Cassation, 13 janvier 1841 (41, 1, 401); Rejet. Req., 21 nov. 1832 (33, 1, 13).

agir au nom de son fils, si son fils est encore mineur, ce qui arrivera presque toujours, sinon il faudra examiner, d'après les circonstances, s'il a entendu s'obliger seul ou obliger à la fois son fils et lui, ou son fils seul [1].

SECTION V. — SERVICES RENDUS PAR TOUTES AUTRES PERSONNES.

213. En dehors des ouvriers, des domestiques, des apprentis, matelots ou gens d'équipage et remplaçants militaires, se trouve une multitude de personnes qui peuvent louer leurs services : ainsi les commis, les maîtres-valets de labour [2], les intendants, secrétaires, professeurs, médecins, avocats, artistes, etc.; nous espérons démontrer plus loin [3] que dans tous les cas il y a louage d'industrie, sans qu'on doive distinguer entre les professions dites libérales et les autres professions. Ces divers louages de services ne sont point soumis aux art. 1780 et 1781, articles exorbitants du droit commun qui ne sont applicables qu'aux domestiques et ouvriers. Nous n'avons ici à mentionner aucune règle spéciale, si ce n'est le privilége des commis, au cas de faillite, pour leurs salaires pendant les six mois qui ont précédé la déclaration de faillite (art. 549, 2e al., C. comm.), et le privilége des méde-

[1] V. Marcadé (art. 1779, III); M. Troplong, n° 839.—Il a été jugé selon les espèces que le fils majeur était ou n'était pas tenu personnellement.

Dans le premier sens :

Paris, 31 décembre 1842 (43, 2, 266); Grenoble, 8 mars 1850, 1re espèce (51, 2, 324).

Dans le second sens :

Paris, 29 février 1840 (40, 2, 473); Amiens, 11 juillet 1840 (42, 2, 415); Paris, 17 avril 1843; Grenoble, 13 février 1850 (2e espèce, 51, 2, 324); Bourges, 27 novembre 1850 (51, 2, 154).

[2] Loi du 19/20 avril 1790, art. 7.

[3] V. nos 293-304.

cins pour les frais de dernière maladie (art. 2101, 3°, C. Nap.).

Abstraction faite des art. 1780 et 1781, tout ce que nous avons dit (aux n°s 176-180) sur la durée du louage des domestiques et ouvriers sera également applicable à toutes autres personnes, car ce sont des principes généraux qui ne sauraient être modifiés par la condition des contractants.

CHAPITRE III.

LOUAGE D'OUVRAGE OU D'ENTREPRISE.

214. Le louage d'ouvrage ou d'entreprise a pour objet, comme nous l'avons déjà exposé, non plus des services rendus pendant un certain temps, mais le résultat même de ces services, un certain travail accompli.

Le Code en distingue deux sortes :

1° Entreprise de transports;

2° Entreprise sur devis et marchés.

SECTION I. — Entreprise de transports.

215. *Importance et nature de ce contrat.* — L'entreprise de transports est une des choses qui touchent le plus aux intérêts généraux de la société. C'est en quelque sorte l'essence même du commerce; car le commerce consiste précisément dans ce flux et reflux de marchandises, dans ce mouvement perpétuel d'échanges qui permet à chaque individu de participer, selon ses moyens, aux richesses du monde entier. Aussi,

dans cette matière, la prévoyance du législateur se fait-elle sentir d'une manière toute spéciale, et l'on voit même souvent apparaître l'intervention de l'Etat, quelquefois gênante pour le libre essor de l'industrie, mais quelquefois aussi nécessaire pour la protection des citoyens.

Outre les principes de droit commun, nous rencontrons ici des règles spéciales, la plupart renfermées dans le Code Napoléon ou dans le Code de commerce. Ce sont ces règles que nous avons à étudier. Quant aux principes généraux, il est inutile de les rappeler; il suffira de faire observer que le louage de choses vient se mêler assez souvent au louage d'ouvrage : le voyageur ou le passager ne louent pas seulement les services de tel ou tel entrepreneur de transports, ils louent telle ou telle place à bord d'un navire, dans une diligence, ou dans un convoi de chemin de fer. Dès lors les art. 1719 et 1720 doivent recevoir leur application, notamment quant à la délivrance, le bon état et l'entretien de la place promise.

216. *Etendue du mot voituriers.* — Le Code comprend sous le nom de voituriers toute espèce d'entrepreneurs de transports[1], sur les routes de terre, sur mer, sur les fleuves; la généralité même de ses termes doit s'étendre aux moyens de locomotion inconnus à cette époque, et à tous ceux que le génie de l'homme pourrait découvrir encore.

217. *Deux sortes de voituriers.* — Il y a deux classes de voituriers qu'il importe de bien distinguer : ceux

[1] Cassation, 1er mai 1855, aff. Harrisson-Page contre Lemonnier (Dev., 1855, 1, 433 et suiv.). Cet arrêt étend le sens du mot voituriers aux cochers de place dans Paris et autres lieux. On invoquait en sens inverse l'art. 13 de l'ordonnance du 15 septembre 1850, qui impose aux cochers

qui partent à des époques fixes et périodiques, annoncées à l'avance; ceux qui se chargent d'un transport convenu, sans aucune régularité, et selon que l'occasion s'en présente. Les premiers sont toujours des commerçants; les seconds le sont quelquefois, mais rarement.

§ 1. — Transports à époque fixe.

218. Nous avons vu (nos 129-130), que les messageries ou entreprises de transports par terre avaient été dans l'origine monopolisées par l'Etat. Au moment de l'apparition du Code, elles jouissaient d'une demi-liberté. En vertu de la loi du 25 vendémiaire an III, leur établissement n'était soumis qu'au payement d'une taxe d'un dixième du prix des places. L'art. 5 du décret du 30 floréal an XIII exigea de plus pour l'avenir l'autorisation du gouvernement; mais, en 1817, une loi du 25 mars (art. 115) supprima toutes ces entraves; les entrepreneurs de messageries ne sont plus tenus que d'une simple déclaration annuelle, exigée dans l'intérêt d'une bonne police.

219. Depuis, le monopole a encore reparu, mais sous une autre forme, et appliqué à un mode nouveau de transports: je veux parler des lignes de chemins de fer. Du reste, le monopole était imposé par la nature même des choses. En effet, la route ici se confond avec le moyen de locomotion, d'une manière si intime, que l'appropriation de l'un entraîne l'appropriation

de place l'obligation de transporter, sans augmentation de tarif, le bagage des voyageurs. Mais (comme l'a très-bien dit l'arrêt de la Cour suprême) l'art. 13 de l'ordonnance, ajoutant aux obligations des cochers de place une obligation nouvelle, laisse subsister entre eux et les voyageurs les principes et les règles du droit commun.

de l'autre ; dès lors, toute concurrence se trouve impossible, et l'intervention de l'Etat se présente comme un contre-poids indispensable.

L'Etat aurait pu exploiter lui-même les lignes de chemins de fer, comme il avait exploité jadis l'entreprise des messageries, comme il fait encore pour les postes. Par des motifs de haute économie politique, dans l'examen desquels nous ne pourrions entrer sans sortir de notre sphère, ce système fut abandonné.

220. L'État s'est réservé la propriété des lignes dans l'avenir, mais, pour le présent, il en a concédé la jouissance à des compagnies particulières [1], sous certaines conditions. De là résultent deux conséquences :

1° Que les compagnies de chemin de fer, ne représentant point les intérêts de l'Etat, mais de simples intérêts privés, sont soumises vis-à-vis le public à toutes les règles du droit commun, *sans pouvoir y déroger par des règlements d'administration.*

2° Que non-seulement elles se trouvent soumises à toutes les obligations imposées par le cahier des charges de leur concession; mais, en outre, que même dans le silence du cahier des charges, leur entrée en jouissance ne peut commencer qu'après le règlement du tarif aux termes duquel les transports de voyageurs et de marchandises doivent avoir lieu. C'est ce qu'a décidé le Conseil d'État par ordonnance du 10 janvier 1845, à propos de la compagnie d'Alais à Beaucaire, qui n'avait point reçu de tarif pour les voyageurs. Cette décision nous paraît d'une excellente justice et d'une logique rigoureuse. En effet, si le monopole est inhérent à la nature des chemins de

[1] Ces jouissances ont presque toutes été étendues à quatre-vingt-dix-neuf ans.

fer, le tarif réglé par l'État ne l'est pas moins à la nature du monopole, dans un pays vraiment civilisé. Du reste, ce tarif est presque toujours établi au préalable dans le cahier des charges; et, en vertu de la loi du 9 août 1839, il faudrait une nouvelle loi pour le changer [1].

221. Cela dit sur la nature des diverses entreprises de transports, voyons les règles générales auxquelles elles sont soumises.

Ces règles sont relatives :

1° A la responsabilité du voiturier;

2° A la preuve du contrat;

3° A la prescription des actions qui en naissent;

4° Aux garanties des obligations qu'il engendre;

5° A la compétence;

222. 1° *Responsabilité du voiturier.* — Le voiturier est responsable de tous les objets qui lui sont confiés, soit à lui-même, soit à celui qui le représente, et cela avant que les objets aient été chargés sur la voiture ou à bord du navire, par cela seul qu'ils ont été remis, dans ce but, sur le port ou dans l'entrepôt (art. 1783).

Il est responsable de toute *perte*, de toute *avarie* et même de tout *retard* (art. 104 C. comm., par *a contrario*), hors le cas de force majeure (1784 C. Nap., 103 C. comm.); il l'est encore du vol commis même par des personnes étrangères; car l'art. 1782 l'assimile à l'aubergiste, et l'aubergiste, considéré comme dépositaire nécessaire, se trouve soumis à ce genre de responsabilité par l'art. 1952.

[1] Nous verrons dans un appendice les principales obligations imposées aux Compagnies par leurs cahiers de charges, et qui modifient leur situation juridique vis-à-vis des tiers, c'est-à-dire vis-à-vis, soit du public, soit des autres entrepreneurs de transports (n° 239-249).

223. Enfin, le voiturier est responsable de la valeur totale des objets qui lui ont été confiés. Il ne saurait invoquer l'art. 62 de la loi du 24 juillet 1793, qui limitait la responsabilité des messageries à 150 francs pour une malle. A cette époque, les messageries étaient une entreprise nationale, aujourd'hui ce sont des entreprises particulières; elles ne peuvent donc réclamer un bénéfice tout exceptionnel, qui n'a jamais été établi en leur faveur [1]. La jurisprudence est constante et unanime sur ce point. Quant aux bulletins imprimés qu'on distribue aux voyageurs, ils me paraissent tout à fait impuissants à limiter la responsabilité des messageries. Rien ne prouve que le voyageur ait consenti à ces conditions; il n'y a pas là ce concours de deux volontés indispensable pour l'existence d'un contrat. On peut ajouter, quand il s'agit d'une somme dépassant 150 francs, qu'il faudrait un acte signé des deux parties, car nous sommes dans un des cas où il est possible et facile de se procurer un écrit [2]. A plus forte raison devrait-on considérer comme non recevable la prétention qu'ont certaines compagnies (par exemple, la compagnie des bateaux à vapeur sur la Saône), de se soustraire à toute responsabilité. On doit se montrer d'autant plus sévère dans l'application stricte du droit vis-à-vis des entrepreneurs de trans-

[1] *Sic* Merlin, *Rép.*, v° Messageries, § 2; Toullier, X, 447; Duvergier, II, 524; Zachariæ, III, p. 45; Troplong, III, 925; Marcadé, art. 1786, II; Cassation, 21 janvier 1807; Paris, 7 juillet 1832; Rejet 18 juin 1835; Grenoble, 19 août 1835; Paris, 13 juillet 1834; Alger, 16 décembre 1846 (47, 2, 88); Paris, 18 août 1847 (47, 2, 509); Douai, 17 novembre 1847 (47, 2, 207); Tribunal de Tours, 23 novembre 1847 (48, 2, 15).

[2] *Contra*, Duvergier, II, 325. *Sic* Pardessus, II, n° 554; Marcadé, art. 1786, II.

ports, qu'ils mettent un véritable acharnement à se soustraire aux devoirs de leur profession; c'est ce que nos tribunaux et Cours ont parfaitement compris, en repoussant des exigences aussi absurdes qu'immorales et dangereuses.

224. Chose étrange! les compagnies de chemins de fer elles-mêmes veulent échapper à cette responsabilité. Mais, selon nous, elles ne le pourraient même par un acte en règle signé des deux parties, car le monopole dont elles jouissent ne leur a été concédé que sous certaines conditions, et l'une de ces conditions, c'est de veiller à la sûreté des voyageurs et des marchandises [1]; cette condition serait illusoire, si on pouvait s'y soustraire par un acte que le voyageur serait forcé de signer, puisque la compagnie se trouve seule maîtresse du nouveau mode de locomotion.

225. Aux termes de l'article 1785, les voituriers sont tenus « d'enregistrer l'argent, les effets et les paquets dont ils se chargent. » On s'est demandé s'il étaient responsables des effets non enregistrés. L'affirmative ne nous paraît pas douteuse: le voiturier ne saurait tirer un droit d'une obligation qui lui est imposée à lui, et non au public. Je suppose, bien entendu, que le défaut d'enregistrement a lieu par négligence de l'entrepreneur. Il en serait autrement s'il y avait refus de la part du voyageur ou de l'expéditeur [2].

226. Je pense aussi qu'il doit être donné avis des valeurs en or, en argent ou en bijoux. Tel était le senti-

[1] V. L. de 1839, 9 août.

[2] *Sic* Alger, 16 décembre 1846 (47, 2, 88), et la note de Dev.; Douai, 17 mars 1847 (47, 2, 207); Paris, 11 août 1847 (47, 2, 509); Cass., 21 janvier 1807. *Contra*, Cass., 9 novembre 1829; Toulouse, 9 juillet 1829.

ment du président de Lamoignon [1]; et une foule de raisons militent dans ce sens.

Quoi qu'en dise M. Troplong [2], il y a des degrés dans la surveillance comme dans toutes choses humaines; il est certain qu'un portefeuille rempli de billets de banque, ou un écrin de diamants, doivent être entourés d'attentions et de précautions minutieuses, ce qu'il serait impossible de faire pour des objets moins précieux, sans préjudice pour la rapidité des transports et les intérêts du commerce. En outre, il y a toujours un prix beaucoup plus élevé pour le transport de ces valeurs; il est juste, en effet, de payer à l'entrepreneur les risques considérables auxquels il s'expose. Si vous voulez échapper au payement de ce prix exceptionnel, vous ne pouvez plus invoquer les avantages dont il était en quelque sorte la compensation [3]. Nous exigeons donc ici un avertissement spécial de la part du voyageur; mais cet avis peut être donné sous une forme ou sous une autre; pourvu qu'il soit constant, peu importe: il pourrait très-bien avoir lieu sans que l'enregistrement s'ensuivît, et l'entrepreneur n'en serait pas moins responsable.

227. Le voiturier n'est pas seulement responsable des objets qui lui sont confiés, il est encore garant de l'arrivée de ces objets dans le délai convenu (art. 97 et 104 C. com.).

Quelle sera la sanction de cette obligation, à défaut de clause pénale fixée à l'avance? L'article 104 du Code

[1] *Nouveau Denizart*, v° AUBERGISTE, § 3, n° 3.

[2] III, n° 951.

[3] *Sic* Toullier, IX, 255; Zachariæ, III, p. 43; MM. Duvergier, II, 329; Marcadé, art. 1786, II; Douai, 17 novembre 1847; Trib. de Tours, 23 nov. 1847 (Dev., 48, 2, 15); Paris, 10 avril 1834 (Dev., 34, 2, 313).

de commerce l'indique en ces termes : « Si, par l'effet de la force majeure, le transport n'est pas effectué dans le délai convenu, il n'y a pas lieu à *indemnité* contre le voiturier pour cause de retard. » Ainsi, en l'absence de cas fortuit, l'expéditeur ou le destinataire peuvent réclamer des dommages-intérêts. Ont-ils le droit de laisser les marchandises au compte du voiturier? La Cour de cassation décide que les Cours d'appel peuvent appliquer ce mode d'indemnité sans encourir la censure de la Cour suprême [1]. Je ne le pense pas; car il est de principe que les dommages-intérêts doivent être estimés en argent. Telle est aussi l'opinion de M. Pardessus [2].

228. 2° *Preuve du contrat.* — La preuve du contrat, de la remise des objets et de leur valeur peut être fournie par témoins, même quand il s'agit d'une somme au delà de 150 francs. Cela ne semble point faire difficulté, puisque nous supposons une entreprise de transports à jour fixe, ce qui constitue nécessairement un acte de commerce; dès lors, le tribunal de commerce est compétent, et sa compétence entraîne l'admission de la preuve testimoniale. Il est vrai que le transport n'est un acte de commerce que pour l'une des parties, l'entrepreneur; mais c'est précisément lui contre lequel on invoque les règles de la procédure commerciale, et on ne voit vraiment pas à quel titre il se plaindrait [3].

Quoi qu'il en soit, il est toujours plus prudent au voyageur d'exiger l'enregistrement des bagages ou

[1] Rejet, 3 août 1835 (35, 1, 817).
[2] N° 544. *Sic* Paris, 11 juillet 1835 (35, 2, 489).
[3] *Sic* Pardessus, *Cours de droit comm.*, n° 1345; Marcadé, art. 1786, I. *Contra*, M. Troplong, III, n° 908.

marchandises, conformément à l'article 1785, qui en fait une obligation pour le voiturier. Entre commerçants, il est d'usage de constater le contrat et la remise des objets par un écrit qu'on appelle connaissement, s'il s'agit de transports par mer, ou lettre de voiture, s'il s'agit de transports par terre, et sur lequel nous aurons à revenir plus tard, à propos de la commission[1].

229. 3° *Prescription.* — Nous trouvons au Code de commerce une double prescription établie en faveur des voituriers.

La première a lieu lorsqu'il y a eu à la fois réception des objets et payement du prix de la voiture (art. 105 C. comm.). Si la réception est refusée, l'article 106 nous indique les moyens de la suppléer: requête adressée au président, ou à son défaut au juge de paix; ordonnance au bas de la requête qui nomme des experts pour constater l'état des objets transportés; s'il y a lieu, dépôt ou séquestre desdits objets; et même, vente jusqu'à concurrence du prix de la voiture.

230. La seconde prescription s'accomplit par le laps de *six mois* en France et *un an* à l'étranger, à partir du jour où le transport des marchandises aurait dû être effectué en cas de perte, et en cas d'avarie du jour de la remise. S'il y a eu fraude ou infidélité, la prescription ordinaire par trente ans est maintenue (art. 108 C. comm.).

On a soutenu que cette courte prescription n'était pas opposable à l'expéditeur non commerçant[2]. C'est là, dit-on, une disposition exceptionnelle, exorbitante

[1] V. nos 408, 434-437.

[2] V. Zachariæ, III, p. 44; M. Troplong, III, n° 928; Marcadé, art. 1786, III; Rejet, 4 juillet 1816.

du droit commun, qui ne doit pas être étendue : l'article 108 du C. comm. emploie d'ailleurs le mot *marchandises*, qui semble bien supposer que l'expéditeur est commerçant. A ces arguments nous répondons, en sens contraire, que les mêmes motifs d'équité, de célérité dans les affaires, de bon ordre, subsistent dans les deux cas; dès lors l'extension des mêmes dispositions est toute naturelle. Quant au mot marchandises, c'est un mot très-vague qui comprend toute espèce de choses; d'ailleurs, l'art. 105 qui, dans la théorie de nos adversaires, serait également inapplicable, emploie l'expression d'*objets transportés*, ce qui est aussi large que possible [1].

231. 4° *Garanties.* — Ce n'est pas seulement sous le rapport de la prescription que le voiturier se trouve dans une position favorable qui compense pour lui la lourde charge de la responsabilité; le Code Napoléon lui accorde un privilége pour « frais de voiture et dépenses accessoires sur la chose voiturée (article 2102, 6°). »

Combien de temps dure ce privilége? est-il éteint par le dessaisissement ou subsiste-t-il après? Cette question a soulevé de nombreuses controverses; elle se réduit, en définitive, à examiner si le privilége du voiturier tient à l'idée de gage tacite ou à l'idée de conservation de la chose; dans ce dernier cas, le fait de la dépossession devient tout à fait indifférent pour l'existence du privilége. Nous n'hésitons pas à nous décider dans le premier sens. Le transport d'un objet peut sans doute lui faire acquérir une valeur nouvelle; mais l'inverse peut aussi avoir lieu. Dans tous

[1] *Sic* M. Duvergier, II, n° 332.

les cas, il y aurait non pas *conservation*, mais *amélioration* de la chose voiturée. Or, le Code n'accorde aucun privilége pour améliorations; à supposer même que ce privilége existât, la justice demanderait qu'il ne fût établi que sur la *plus value*, ce qui est inadmissible dans notre espèce, le privilége en question grevant l'intégralité de la chose. Quant à l'art. 307 C. comm., qu'on invoque contre nous, c'est une disposition toute spéciale en faveur du capitaine de navire, dont la position est bien différente, à cause des dangers que les marchandises courent à bord, et de l'intérêt d'un prompt débarquement. D'ailleurs, l'art. 307 limite la durée de ce privilége à quinze jours, et aucune limitation de ce genre n'existant pour le privilége du voiturier, il s'ensuit qu'il durerait trente ans, ce qui serait une anomalie inconcevable [1].

232. 5° *Compétence.* — En vertu de la loi du 25 mai 1838, art. 2, « *les juges de paix* prononcent sans appel jusqu'à la valeur de 100 fr., et à charge d'appel jusqu'au taux de la compétence en dernier ressort des tribunaux de première instance : sur les contestations..... entre les *voyageurs* et les *voituriers* ou bateliers pour *retards, frais de route, perte ou avarie d'effets accompagnant les voyageurs.* » Nous verrons plus loin, à propos des grandes entreprises de transports créées pour l'exploitation des chemins de

[1] *Sic* Merlin, *Rép.*, v° Priv., sect. I, § 4; Delvincourt, III, note 3, p. 115; MM. Persil sur l'art. 2102, § 6, n°s 1 et 2; Aubry et Rau, II, p. 114; Dalloz, v° Hyp., chap. I, sect. I, art. 2, § 2, n° 21, et surtout Valette, *Traité des priv. et hyp.*, n° 73; Paris, 29 août 1853 (Dr. 1853, 14 septembre, n° 217). *Contra*, MM. Duranton, XIX, n° 134; Troplong, I, n° 207; Pardessus, IV, n° 1205; Bravard-Veyrières, p. 175; Paris, 2 août 1809; Massé, note sur un arrêt de Cass. du 13 avril 1840 (Dev., 40, 1, 289).

fer, si la compétence des juges de paix exclut celle des tribunaux de commerce (V. n° 253).

§ 2. — Transports à époque irrégulière.

233. Nous arrivons maintenant aux transports qui ne sont point annoncés à l'avance et établis à des époques fixes ou périodiques. En général, ils ne constituent pas des actes de commerce. Mais le contraire peut arriver; par exemple, s'il s'agit d'un entrepreneur qui loue des voitures à l'heure, à la journée, au mois, etc. Dans ce cas le voiturier est un commerçant, et dès lors il est soumis à toutes les règles exposées dans notre première section. Dans le cas inverse, tout ce que nous avons déjà dit sur le privilége et la responsabilité lui reste applicable; ces dispositions se trouvant dans le Code civil régissent les non-commerçants comme les commerçants. Il en est de même pour ce qui concerne la compétence.

Mais le voiturier non commerçant se trouve en dehors du bénéfice de la courte prescription, bénéfice établi par le Code de commerce.

234. *Preuve testimoniale.* — Quant à la preuve testimoniale sera-t-elle admissible au-dessous de 150 fr.?

Ce qui fait le doute, c'est l'art. 1782, ainsi conçu :

« Les voituriers par terre et par eau sont assujettis, *pour la garde et la conservation* des choses qui leur sont confiées, aux mêmes obligations que les aubergistes dont il est parlé au titre du dépôt et du séquestre. »

Si l'assimilation entre le voiturier et l'aubergiste était complète, il n'y aurait pas de difficulté, car l'ar-

ticle 1950 permet de prouver contre le dépositaire nécessaire, et par suite contre l'aubergiste (art. 1952) au moyen de l'enquête; mais cette assimilation semble restreinte à la garde et conservation des choses remises. Cette restriction a paru si évidente, que la plupart des auteurs se sont décidés pour la négative [1]. Malgré la rédaction trompeuse de l'article et les autorités imposantes qui militent dans ce sens, nous avouons incliner vers l'affirmative, et voici nos motifs.

235. Au Conseil d'Etat, les articles 105 et 106, qui sont devenus les articles 1782 et 1783, donnèrent lieu à une discussion très-longue, très-vive, très-sérieuse. On doit donc accorder aux procès-verbaux de cette discussion la plus grande importance, car ils renferment la pensée intime du législateur.

Dans la séance du 14 nivôse an IV, M. Réal parle le premier sur l'article 105 (art. 1782), et l'approuve.— M. Regnaud de Saint-Jean-d'Angely attaque l'assimilation du voiturier à l'aubergiste; et pourquoi? « Parce que, dit-il, dans une auberge les paquets déposés ne sont pas enregistrés et ne peuvent l'être; les *voituriers, au contraire, ont des registres...* » Pour lui, l'assimilation faite par le projet était complète, puisqu'il la critiquait surtout au point de vue de l'admission de la preuve testimoniale.

M. Réal lui répond : il invoque en faveur de l'article *la rapidité avec laquelle on fait les chargements.* Toujours la même idée! admission de la preuve testimoniale.

M. Treihlard ajoute dans le même sens que « les voituriers sont chargés par le fait seul; très-souvent on

[1] Zachariæ, III, p. 41; MM. Duranton, XIII, n° 514; Duvergier, II n° 321; Troplong, III, n° 908; Marcadé (art. 1786, I).

n'apporte les paquets qu'*au moment du départ* ; il faut alors que l'entrepreneur demeure chargé envers le public... »

M. Regnaud objecte que ce système mettrait les entrepreneurs à la discrétion des voituriers.

M. Treihlard et le consul Cambacérès défendent l'article, toujours au point de vue de la preuve.

M. Regnaud l'attaque de nouveau au même point de vue.

Enfin, M. Berlier invoque en faveur de l'art. 105 la disposition du dépôt, par laquelle les magistrats ne doivent « admettre la preuve qu'avec circonspection, suivant les circonstances de fait et l'état des personnes. » Est-ce clair? Il s'agissait bien dans l'art. 105 d'admettre *dans tous les cas* la preuve testimoniale; car, *dans toute la discussion*, il n'est pas question *d'autre chose*. Or, à la séance suivante, l'art. 105 (devenu depuis l'art. 1782), est adopté sans autre observation. En présence de ces documents, le doute n'est plus permis sur les intentions du législateur. Il est *certain* qu'il a voulu que l'assimilation entre le voiturier et l'aubergiste fût complète.

236. Quant aux motifs allégués par les défenseurs de l'art. 1782 au Conseil d'État, ils nous paraissent excellents. Il y a même, selon nous, un *a fortiori* contre l'entrepreneur de transports. Quand on dépose ses effets dans une auberge, généralement c'est pour passer au moins une nuit; une minute de plus ou de moins vous importe peu: au contraire, quand un voyageur entre dans une voiture, il est presque toujours pressé, le moindre retard peut être pour lui d'une importance excessive; non-seulement il ne songe pas à demander un reçu de ses bagages, mais quelquefois même il ne

songera pas à faire son prix à l'avance; avant tout, il veut arriver, et arriver vite; à l'auberge, au contraire, il se repose, il a du temps devant lui. S'il y a dépôt nécessaire dans la remise faite à un aubergiste, à plus forte raison il en est ainsi dans la remise faite à un voiturier.

Ainsi, l'esprit de la loi est évident, les motifs en sont clairs; tout cela doit-il disparaître devant l'interprétation littérale du texte? Je ne le pense pas; en se servant du mot « obligations, » les rédacteurs du Code ont cru comprendre, et l'obligation elle-même, et la preuve dans laquelle cette obligation se trouverait inefficace; ne peut-on pas dire qu'une des obligations de l'aubergiste, c'est de ne pas exciper contre le voyageur de l'absence d'écrit? et, dès lors, la rédaction de l'article est en parfaite harmonie avec le but que le législateur s'est proposé.

237. Il résulte encore de l'art. 1782 (et ce point n'est pas contesté) que le voiturier est soumis à la contrainte par corps. En effet, l'art. 1952 assimile l'aubergiste à celui qui reçoit un dépôt nécessaire, et l'art. 2060 1° prononce la contrainte par corps pour dépôt nécessaire. La seule différence qui existe sous ce rapport entre le voiturier commerçant et le voiturier non commerçant, c'est que le chiffre de la condamnation contre le dernier doit être de 300 francs pour entraîner la contrainte par corps (art. 2065); à l'égard du premier il suffit d'une condamnation de 200 francs (Loi du 17 avril 1832, art. 1).

§ 3. — Appendice sur les chemins de fer.

238. Nous avons indiqué plus haut quelle était la nature juridique des entreprises de chemin de fer; nous avons vu qu'elles constituaient un monopole inévitable et nécessaire; nous en avons déduit les deux règles suivantes, à savoir : 1° que les Compagnies de chemin de fer étaient soumises à toutes les obligations de droit commun qui incombent à tous les voituriers en général [1]; 2° qu'elles étaient soumises, en outre, à des règles spéciales destinées à protéger le public contre les abus du monopole. Ce sont ces règles particulières dont nous avons à nous occuper. Elles ont été établies dans un double but de protection : d'abord pour les intérêts du public, c'est-à-dire des voyageurs, expéditeurs et destinataires; ensuite pour les intérêts des autres entreprises de transports, afin de maintenir autant que possible une libre concurrence.

Nous examinerons successivement ce qui concerne : 1° les tarifs, leur composition, leur application et leur modification; 2° les obligations des Compagnies vis-à-vis du public; 3° la liberté du camionnage, du factage et du service des correspondances; 4° enfin, la compétence.

239. I. TARIFS. — Les tarifs sont réglés par les cahiers des charges annexés à la loi de concession du chemin de fer [2]. L'exploitation est impossible tant que

[1] V. sur l'application des règles de droit commun aux chemins de fer, entre autres arrêts : Paris, 5 décembre 1850 (51, 2, 807); Rejet, 27 décembre 1848 (49, 1, 612); Paris, 30 août 1853 (*Droit*, 1853, n° 209); Paris, 19 nov. 1853 (*Droit*, 1853, n° 305).

[2] V. la loi générale du 11 juin 1842, art. 2, et les lois particulières relatives aux diverses concessions.

le règlement légal des tarifs n'a pas eu lieu [1]. Les modifications ne peuvent être introduites d'une manière définitive que par une loi, et d'une manière provisoire que par un règlement d'administration publique [2]. Elles ne sont exécutoires qu'après avoir été affichées pendant le délai d'un mois [3]. Les modifications provisoires régulièrement établies ne peuvent être attaquées devant le Conseil d'Etat par ceux qui se trouveraient lésés; les tarifs ne constituent un droit acquis pour personne, et la loi de 1839 est générale; elle s'applique à tous les chemins de fer, quelle que soit la date de leur concession [4].

Si les tarifs ont été modifiés par la Compagnie sans homologation administrative, elle peut être condamnée en des dommages-intérêts (art. 1382 C. Nap.). Il en est de même si les délais de publication n'ont pas été observés [5]. En général, ce n'est pas (comme on pourrait le croire) l'élévation des tarifs, c'est leur abaissement qui a donné lieu aux condamnations contre les Compagnies. Les tarifs étaient réduits en faveur d'une entreprise de transports correspondant avec le chemin de fer, au préjudice d'une entreprise rivale faisant le même service. Les dommages-intérêts sont dus, alors même que la loi de concession n'a pas fixé un minimum, alors même que les réductions sont partielles [6].

[1] Conseil d'État, 10 janvier 1845 (Dev., 45, 2, 311).
[2] Loi du 9 août 1839, art. unique ; art. 21, loi du 19 juillet 1845 ; art. 41, ord. royale du 15 novembre 1846.
[3] Ordonnance du 15 novembre 1846, art. 49.
[4] Conseil d'État, 31 mai 1848 (48, 2, 632).
[5] Cass., 7 juillet 1852 (journal *le Droit*, année 1852, n° 161).
[6] Rejet, 10 janvier 1849 (3 espèces. Dev., 49, 1, 191); Cass., 19 juin 1850 (50, 1, 607); Cass., 28 juin 1851 (52, 1, 150).

240. On distingue deux sortes de tarifs : le *tarif général* fixé par la loi, le *tarif exceptionnel* fixé par des règlements d'administration. Le taux du tarif général varie selon la nature des marchandises rangées en plusieurs classes différentes. Le tarif exceptionnel peut être plus élevé que le tarif général.

Dans quel cas doit-il être appliqué? C'est ce qu'indique le cahier des charges de la Compagnie concessionnaire. Prenons, par exemple, le cahier des charges de la Compagnie du Nord [1].

L'article 45 est ainsi conçu :

« Les prix de transport déterminés au tarif ne sont point applicables : 1° aux denrées et objets qui ne sont pas nommément énoncés dans le tarif, et qui, sous le volume d'un mètre cube, ne pèsent pas 200 kil. ;

« 2° A l'or et à l'argent, soit en lingots, soit monnayés ou travaillés; au plaqué d'or ou d'argent, au mercure et au platine, ainsi qu'aux bijoux, pierres précieuses et autres valeurs;

« 3° Et en général à tous paquets, colis ou excédants de bagages pesant *isolément moins de* 50 *kil.* ; à moins que ces paquets, colis ou excédants de bagages ne fassent partie d'envois pesant *ensemble* au delà de 50 kil. *d'objets expédiés par une même personne à une même personne*, et d'une *même nature* [2], *quoique emballés à part*, tels que sucre, café, etc.

[1] Loi du 15 juillet 1845.

[2] Quel est le sens de ces mots : « Même nature » ? Il est évident qu'il ne s'agit pas d'une identité de nature au point de vue chimique : les exemples qui suivent le démontrent. Le sucre et le café sont des substances bien différentes. Mais ces denrées appartiennent au même genre de commerce. De là, la Cour de cassation conclut qu'il faut réunir des objets de « même nature *commerciale* » pour pouvoir échapper au tarif exceptionnel (Cassation, 9 mai 1855 ; *Droit* du 13 juillet 1855). Cette

« Dans les trois cas ci-dessus spécifiés, les prix de transport seront arrêtés annuellement par l'administration, sur la proposition de la Compagnie... »

241. A côté des Compagnies de chemins de fer se trouvent les entrepreneurs de transports, qui se chargent de relier les diverses stations et gares aux localités non encore desservies par le chemin de fer. Naturellement, ces entrepreneurs ont cherché le moyen d'éviter le tarif exceptionnel. Dans ce but, ils ont imaginé deux opérations, connues sous le nom de groupage. La première, *groupage matériel* (ou à couvert), consiste à réunir plusieurs colis sous un même emballage. La seconde, *groupage moral* (ou à découvert), consiste à réunir plusieurs colis distincts, emballés séparément, sous le nom d'un seul expéditeur et d'un seul destinataire. Les chemins de fer contestant la légitimité de cette double opération, la question a été soulevée devant les tribunaux. La Cour d'Amiens, par

interprétation ne me paraît pas à l'abri de toute objection. D'abord, il sera souvent bien difficile de déterminer quels sont les objets qui rentrent dans un même commerce, aujourd'hui surtout où, grâce à la libre concurrence, les négoces les plus divers sont exercés par les mêmes individus. Ensuite, il serait bizarre de voir figurer dans un seul groupe des objets qui ne figureraient pas dans la même classe du tarif. C'est cependant ce qui arriverait. Le coke, par exemple, est rangé dans la seconde classe; la houille est rangée dans la troisième (V. art. 41 du cahier des charges, tarif, marchandises); tous deux appartiennent au même genre de commerce; ne vaudrait-il pas mieux, selon le précepte de Dumoulin, interpréter la loi *secundum subjectam materiam*, et décider que le législateur s'occupant de tarifs et se servant du mot « nature » lui a donné le sens de « nature *tarifable* »? D'ailleurs, au point de vue du surcroît de frais que les petits colis occasionnent (et nous verrons plus loin que c'est là le seul motif du tarif exceptionnel), qu'importe que les objets soient de même nature commerciale? Ce qui importe, c'est de savoir s'ils sont ou non de même nature tarifable, parce que l'application d'un même tarif constitue une économie de temps, de soins et d'écritures.

ses arrêts des 24 janvier 1852 et 21 janvier 1853 [1], donna gain de cause aux Compagnies de chemins de fer; mais, par contre, le Tribunal de commerce de la Seine, par jugements des 22 novembre 1852 [2] et 7 mars 1853, la Cour de Paris, par arrêt du 16 août 1853 [3], ont admis comme légitime l'opération du groupage; et enfin, la Cour de cassation, par son arrêt en date du 19 juillet 1853 [4], est venue confirmer la même doctrine [5].

242. Cette dernière jurisprudence doit-elle être suivie? Nous le pensons, et voici nos motifs [6] :

1° *Texte du cahier des charges.*

A ce point de vue, pas de doute possible quant à ce qui concerne le groupage matériel. En effet, l'art. 45 précité, dans son 3e alinéa, suppose *plusieurs* colis *séparés*, « pesant *isolément* moins de 50 kil. » Or, en réalité, lorsque plusieurs objets sont réunis sous un même emballage, ils ne forment qu'un seul colis. Il y a unité de colis toutes les fois qu'il s'agit d'un ensemble d'objets quelconques, où toutes les parties sont matériellement liées l'une à l'autre. Que si l'on s'engage dans l'examen des subdivisions intérieures, où s'arrêtera-t-on? L'objet le plus simple est susceptible d'être morcelé et divisé; la malle d'un voyageur contiendra autant de colis qu'elle renferme d'effets diffé-

[1] (53, 2, 44).
[2] *Droit*, 52, n° 282.
[3] (53, 2, 708).
[4] (53, 1, 64).
[5] *Sic* Arrêts postérieurs : Rouen, 2 mars 1854 (*Droit* du 20 avril 1854); Rouen, 15 juin 1855, *Droit* du 20 juin 1855, n° 141). V. dans cette dernière affaire les conclusions conformes du procureur général Massot-Reynier.
[6] *Contra*, M. Belamy, *Journal du droit commercial*, rédigé par MM. Rivière et Huguet (n° de juillet 1855).

rents. Pour rester dans le vrai, il faut donc définir le colis : *un objet unique au point de vue du transport.*

Quant au groupage moral, on peut dire qu'il est aussi conforme au texte de l'art. 45. Il n'y a qu'un seul expéditeur, l'entrepreneur de transports; un seul destinataire, son correspondant. Mais, dit-on, l'entrepreneur de transports n'est pas un expéditeur, c'est un commissionnaire. La réponse est facile. Vis-à-vis du voiturier (dans l'espèce, le chemin de fer), l'entrepreneur de transports est un expéditeur. Ce qui le prouve bien clairement, c'est l'art. 102 C. comm. « La lettre de voiture est signée par l'expéditeur *ou* le commissionnaire. » Ainsi le commissionnaire peut taire au voiturier le nom de l'expéditeur; le voiturier n'a même pas d'action directe contre l'expéditeur primitif, qui lui demeure étranger. Il en est de même du destinataire. — Le destinataire ici, c'est le correspondant de l'entrepreneur de transports. C'est à lui seul que la compagnie de chemin de fer peut et doit remettre les objets expédiés. Les conditions de l'art. 45 se trouvent donc remplies : il y a unité de personnes au point d'arrivée comme au point de départ.

243. 2° *Esprit du législateur.* Voyons maintenant quel est l'esprit véritable de l'art. 45, quelle a été l'intention du législateur qui l'a rédigé.

« Les petits colis par leur *nature*, leur *nombre*, leur *valeur réelle ou d'affection*, ont paru au législateur devoir subir une surtaxe qui, par cela même, permettait de tarifer au plus bas les *grandes expéditions* du commerce. » Tels sont les motifs invoqués par l'arrêt d'Amiens en faveur des Compagnies.

Ils sont peut-être spécieux, mais ils ne sont pas décisifs. Qu'importe la *nature* des objets? Elle varie tout

aussi bien, qu'il s'agisse de colis considérables ou de petits colis. Le *grand nombre* des petits colis est une cause d'embarras, sans doute; mais le législateur a pensé que cet embarras était singulièrement diminué par la réunion de tous ces objets sous le nom d'une seule personne. Quant à leur *valeur réelle*, il en est tenu compte au 2° de l'art. 45, à propos des matières précieuses; et pour ce qui est de la *valeur d'affection*, c'est une considération tout à fait insignifiante en matière de droit commercial; la Compagnie ne répond jamais que du prix vénal des choses. Je ne saurais admettre non plus cette distinction entre les grandes expéditions et les petites, les unes protégées au préjudice des autres; une pareille distinction tendrait à établir en France une sorte d'aristocratie industrielle, aussi contraire aux principes de l'ordre social moderne, que nuisible à la prospérité publique.

244. Le véritable motif de l'art. 45, c'est l'*augmentation de frais* qui provient de la disproportion entre le nombre des expéditeurs ou destinataires et le poids total des colis. Les écritures sont plus considérables, la réception et la délivrance des objets plus difficiles, plus embarrassées; les employés se multiplient; en un mot, le service est plus dispendieux. De là une surtaxe légitime et nécessaire.

Supposons, au contraire, plusieurs colis réunis matériellement en un seul; supposons que derrière l'expéditeur unique se trouvent plusieurs expéditeurs distincts, le résultat n'est plus le même; l'augmentation des frais disparaît, et avec elle disparaît aussi la raison d'être du tarif exceptionnel.

La doctrine de la Cour suprême sur le groupage a des conséquences économiques très-remarquables, et

qu'on n'a pas assez observées. La différence entre le tarif exceptionnel et le tarif général, pour être juste doit être *égale* à l'augmentation de frais occasionnée par les petits colis. Si l'entrepreneur de transports garde cette différence pour lui seul, quelle concurrence peut craindre le chemin de fer? l'expéditeur primitif n'a aucun intérêt à ne pas s'adresser directement à lui. Si, au contraire, l'entrepreneur de transports partage la différence avec l'expéditeur primitif, c'est une preuve que l'augmentation de frais est inférieure à la différence des tarifs; ce qui ne devrait pas être. Ainsi la liberté commerciale vient contrôler et réformer la justesse des règlements administratifs.

245. II. OBLIGATIONS DES COMPAGNIES VIS-A-VIS LE PUBLIC. — Les obligations des Compagnies vis-à-vis le public sont déterminées par les cahiers des charges, et d'une manière plus générale par l'ordonnance du 15 novembre 1846. Elles ont trait à la police du chemin, au bon entretien de la voie, des locomotives et des voitures, à la sécurité des voyageurs, à la régularité du service, etc. Nous n'avons point à nous occuper de ces détails, qui rentrent dans le domaine du droit administratif.

Au point de vue du droit civil et commercial, les Compagnies sont soumises, en principe, à toutes les règles qui concernent les commissionnaires pour transports et les voituriers (art. 96-108 C. comm.). L'application de ces règles n'est pas toujours aussi simple qu'elle le paraît au premier abord : établies dans l'origine sous l'empire de la libre concurrence, il est souvent difficile de les plier au régime du monopole. Ainsi, par exemple, aux termes de l'art. 101, la lettre de voiture constate le contrat entre l'expédi-

teur et le voiturier. Peut-on exiger des compagnies une lettre de voiture? A cet égard, voici comment s'exprime l'art. 46 de l'ordonnance sur la police des chemins de fer :

« La Compagnie sera tenue d'effectuer avec soin, exactitude et célérité, et sans tour de faveur, les transports des marchandises, bestiaux et objets de toute nature qui lui seront confiés. — Au fur et à mesure que des colis, des bestiaux ou des objets quelconques arriveront au chemin de fer, enregistrement en sera fait immédiatement, avec mention du prix total dû pour le transport. — Le transport s'effectuera dans l'ordre des inscriptions, à moins de délais demandés ou consentis par l'expéditeur, et qui seront mentionnés dans l'enregistrement. — Un *récépissé* devra être délivré à l'expéditeur, s'il le demande, *sans préjudice s'il y a lieu de la lettre de voiture*. Le récépissé énoncera la nature et le poids des colis, le prix total du transport et le *délai* dans lequel ce transport devra être effectué. »

Ce texte est formel; la lettre de voiture peut être exigée — dans tous les cas, si le cahier des charges garde le silence, — dans certains cas seulement, si le cahier des charges les détermine. D'après l'art. 46 (2e alinéa) de la loi de concession, du 15 juillet 1845 (chemin du Nord) : « Toute expédition de marchandises dont le poids, sous un même emballage, excédera 20 kilog. sera constatée, si l'expéditeur le demande, par une lettre de voiture dont un exemplaire restera aux mains de la Compagnie et l'autre aux mains de l'expéditeur, comme duplicata. L'expéditeur pourra réclamer un duplicata de la lettre de voiture pour tout paquet ou ballot pesant moins de 20 kil.,

dont la valeur aura été préalablement déclarée. »

L'art. 102 du C. comm. énumère les énonciations que doit contenir la lettre de voiture. Parmi ces énonciations, il en est une qui est évidemment inapplicable aux Compagnies de chemin de fer, je veux parler de « l'indemnité due pour cause de retard. » Comment fixer à l'avance le montant de cette indemnité? Le débat ne peut être libre, puisque, d'une part, la compagnie ne peut refuser le transport, et d'autre part l'expéditeur est forcé de s'adresser à la Compagnie.

Demander aux tribunaux d'établir une clause pénale serait absurde: s'il doit y avoir procès, il vaut mieux attendre que tous les éléments d'appréciation soient réunis, c'est-à-dire que le retard préjudiciable ait eu lieu.

Quant à l'indication du délai, elle est de droit strict, et cela non-seulement dans la lettre de voiture (conformément à l'art. 102 C. comm.), mais encore dans le récépissé (conformément à l'art. 46 de l'ordonnance précitée). Le refus de la Compagnie la rendrait passible d'une amende de 16 à 3,000 fr.[1], sans préjudice des réparations civiles au profit de l'expéditeur.

Quel est le délai qui doit être suivi? En général, le cahier des charges l'indique: « La Compagnie sera tenue d'expédier les marchandises dans les *deux* jours qui en suivront la remise. » Ainsi s'exprime la loi du 15 juillet 1845, relative au chemin du Nord[2]. Si le cahier des charges garde le silence, la Compagnie est tenue d'expédier par le premier train de marchandises

[1] V. art. 79, ord. du 15 nov. 1846, combiné avec l'art. 21 de la loi du 15 juillet 1845, sur la police des chemins de fer.

[2] V. art. 46, 4e alinéa.

indiqué sur le tableau des heures de départ. Une fois en route, les colis ne doivent pas séjourner dans les stations intermédiaires ; l'expédition doit être directe du point de départ au lieu de destination, sans autres délais que ceux autorisés par les règlements pour les besoins du service.

L'insuffisance du matériel n'est jamais une excuse en faveur de la compagnie, à moins qu'elle ne résulte de la force majeure. L'art. 17 de l'ordonnance du 15 novembre 1846 le dit en termes positifs : « Tout convoi ordinaire de voyageurs devra contenir, *en nombre suffisant*, des voitures de chaque classe [1]... »

La Cour de Paris généralisant l'art. 17 l'applique même au transport des marchandises ou bestiaux. « Considérant que l'exploitation des chemins de fer concédés aux Compagnies crée en faveur de celles-ci un monopole qui leur impose, en principe, l'obligation de tenir à la disposition du public un matériel suffisant aux besoins des voyageurs et du commerce;

« Considérant que cette obligation devient plus étroite encore, alors que des marchés correspondant les uns avec les autres fournissent aux chemins de fer, leur intermédiaire unique et nécessaire, un trafic dont la régularité dans les expéditions est un des éléments essentiels [2]... »

246. III. LIBERTÉ DU CAMIONNAGE, DU FACTAGE ET DU SERVICE DES CORRESPONDANCES. — Je continue à citer les articles du cahier des charges annexé à la loi du 15 juillet 1845. « Art. 46... 6e alinéa. Les expéditeurs ou destinataires resteront libres de faire eux-mêmes, et à leurs frais, le factage et le camionnage de leurs

[1] V. Rejet, Ch. crim., 22 avril 1854 (Dev., 54, 1, 504).
[2] Paris, 19 nov. 1853 (*Droit*, 1853, n° 305).

marchandises, et la Compagnie n'en sera pas moins tenue à leur égard de remplir les obligations énoncées au paragraphe 1er du présent article. — 7e Alinéa. Dans le cas où la Compagnie consentirait, pour le factage ou camionnage des marchandises, des arrangements particuliers à un ou plusieurs expéditeurs, elle sera tenue, avant de les mettre à exécution, d'en informer l'administration, et ces arrangements profiteront également à tous ceux qui lui en feraient la demande.

« Art. 47. A moins d'une autorisation spéciale de l'administration [1], il est interdit à la Compagnie, sous les peines portées à l'art. 419 du Code pénal [2], de faire directement ou indirectement, avec des entreprises de transport de voyageurs ou de marchandises par terre ou par eau, sous quelques dénominations ou formes que ce puisse être, des arrangements qui ne seraient pas consentis en faveur de toutes les entreprises desservant les mêmes routes. Les règlements d'administration publique, rendus en exécution de l'art. 39 ci-dessus, prescriront toutes les mesures nécessaires pour assurer la plus complète égalité entre les diverses entreprises de transport, dans leurs rapports avec le service du chemin de fer [3]. »

[1] Remarquez cette exception. Elle me paraît dangereuse. Le principe de la libre concurrence est un de ceux qui ne devraient jamais souffrir atteinte. Pourquoi permettre à l'administration de favoriser une entreprise aux dépens d'une autre? Pourquoi provoquer ainsi les soupçons du public? Le droit commun suffit dans tous les cas. Du reste, l'exception est formelle, ainsi que l'a reconnu le Tribunal de commerce de la Seine (Jugement du 9 mai 1855; *Droit* du 11 mai. — V. aussi Cass., 7 fév. 1855; Dev., 55, 1, 231. — Paris, 24 juillet 1855; *Droit* du 27).

[2] Peines portées contre la coalition entre les principaux détenteurs d'une marchandise : 1 mois à 1 an de prison, 500 à 1,000 fr. d'amende.

[3] Ces articles se trouvent reproduits dans toutes les lois de conces-

En vertu de ces dispositions, la Cour suprême a décidé que le droit de camionnage n'était pas dû à la Compagnie, si le destinataire se présentait pour prendre livraison, en gare, des marchandises à leur arrivée, alors même que lesdites marchandises ne seraient pas adressées bureau restant, et que le prix du camionnage eût été marqué à l'avance [1]. Il en serait autrement si le destinataire, au lieu de se présenter à la gare, laissait porter à son domicile les marchandises à lui adressées [2]. Solution semblable a été admise en ce qui concerne le droit de magasinage ; il n'est dû que si les marchandises restent réellement en gare et ne sont pas enlevées à leur arrivée par le destinataire [3].

247. Arrivons maintenant à la liberté du service des correspondances. Le législateur a voulu établir une « *complète égalité* entre les diverses entreprises de transport, dans leurs rapports avec le service du chemin de fer [4]. » Dans ce but, il prohibe, sous des peines sévères (sans préjudice des dommages et intérêts au profit de la partie civile), « les arrangements qui ne seraient pas consentis en faveur de *toutes* les entreprises *desservant les mêmes routes*. » Telle serait la convention par laquelle une Compagnie accorde-

sion. Le dernier article, l'art. 47 a été copié dans le cahier des charges, d'après les termes textuels de l'art. 14 de la loi de concession. V. aussi l'art. 9 de la loi de concession du chemin de fer de Bordeaux (26 juillet 1844), et l'art. 47 du décret du 17 août 1853, relatif au chemin de Mulhouse.

[1] Req. 27 juillet 1852 (Dev., 52, 1, 829). Rejet du pourvoi de la Compagnie de Tours à Nantes, contre un jugement du tribunal de Nantes. V. les art. 46 et 25 du cahier des charges joint aux lois des 16 et 19 juillet 1845.

[2] Orléans, 11 juillet 1849 (Dev., 50, 2, 28).

[3] Trib. comm. de la Seine, 22 nov. 1852 (*Droit* de 1852, n° 282).

[4] Loi du 19 juillet 1845, art. 6.

rait à une entreprise particulière l'entrée en gare de ses voitures, refusée à d'autres [1]. Cette convention étant illicite ne pourrait donner lieu à des dommages-intérêts au profit de l'entrepreneur dépossédé du privilége promis [2]. L'entrée libre en gare est une obligation qui résulte, à défaut de textes précis et dans le silence du cahier des charges, des principes mêmes qui dominent la matière. Cette doctrine se trouve nettement et judicieusement formulée en ces termes par un arrêt de la Cour de Nîmes [3] : « Attendu que la destination des chemins de fer et les expropriations forcées à l'aide desquelles ils sont établis les rendent une dépendance du domaine public, et indiquent que les Compagnies qui en sont concessionnaires n'en ont l'administration que sous l'obligation de les faire servir à l'usage de tous, sans privilége pour personne; — qu'il est tout aussi certain que leur exploitation doit être strictement renfermée dans le parcours qui fait l'objet de la concession, et ne peut dépasser les points où la voie de fer finit et commence; — qu'il suit de ces principes qu'il est interdit à ceux à qui ils appartiennent de rien faire de ce qui pourrait, en dehors de ces chemins, favoriser telle ou telle industrie au préjudice de telle autre; — que c'est dans cet esprit qu'ont été faites nos lois sur cette matière, et que si celles qui ont été promulguées depuis 1838 ont par exprès interdit aux Compagnies, sous les peines qu'elles indiquent, de faire directement ou indirectement, avec des entreprises de transport de voyageurs, des

[1] *Sic* Tribunal de Rouen, 30 août 1843 (Dev., 43, 2, 536).
[2] Cass., 3 mars 1847 (48, 1, 47).
[3] Nîmes, 12 mai 1843 (43, 2, 536).

arrangements qui ne seraient pas également consentis en faveur de toutes les autres entreprises ayant le même but, il ne s'ensuit pas que cette règle de justice ne fût pas auparavant reconnue; — qu'on doit, au contraire, la considérer comme implicitement comprise dans les lois de concession qui ont précédé, et l'appliquer, abstraction faite de la sanction pénale, à tous les cas semblables [1]... »

248. Les arrangements sont permis, à condition d'être communs à tous les entrepreneurs. Que doit-on entendre par là? Faut-il que toutes les conventions soient contemporaines? Faut-il que tous les entrepreneurs consentent à les accepter? Suffit-il que les mêmes avantages soient offerts à tous et accordés au moment de leur demande?

La jurisprudence s'est prononcée dans ce dernier sens [2]. Mais les arrêts rendus en cette matière reconnaissent, en fait, que les conditions de la Compagnie étaient également réalisables par tous les entrepreneurs, et n'avaient pas été établies en vue des ressources particulières ou de la situation spéciale de l'un d'eux. Autrement il serait facile d'éluder le vœu du législateur; il suffirait de combiner les clauses du traité de telle manière qu'elles fussent d'une exécution

[1] On peut assimiler au refus de l'entrée en gare le fait de remettre les marchandises *plus rapidement* à certains entrepreneurs qu'à d'autres. *Sic* Req., admission du pourvoi Guérin contre arrêt d'Amiens du 24 janvier 1852 (*Droit* de 1852, n° 153).

[2] Amiens, 21 janvier 1853 (Dev., 53, 2, 44). Cass., 19 juillet 1853 (53, 1, 641).—Aff. Guérin contre la Comp. du Nord. La Compagnie avait accordé des avantages aux messageries, sous condition d'un minimum de poids que Guérin ne pouvait atteindre, mais qu'elle offrait de baisser en sa faveur.

impossible pour tous les concurrents, excepté celui que la Compagnie voudrait favoriser [1].

249. Les mots « desservant la même route » ont donné lieu à quelques difficultés. Nous citerons quelques espèces pour les éclaircir. Bizouillet desservait avec ses voitures la route de Port-Boulet (station du chemin de fer de Nantes) à Loudun. Amirault, qui lui fait concurrence, obtient du chemin de fer des avantages particuliers. Bizouillet réclame l'application de l'art. 6 de la loi du 19 juillet 1845, relatif à l'égalité entre les services de correspondances. Amirault répond qu'il ne dessert pas la même route, parce que ses voyageurs vont jusqu'à Tours, et que leurs bagages sont, jusqu'à cette ville, sous la garde de ses conducteurs. Le Tribunal de Tours lui donne gain de cause; mais le jugement est cassé par la Cour suprême [2]. A partir de la station, ce n'est plus l'entrepreneur qui dessert la route, c'est la Compagnie; il faut donc faire abstraction de tout le trajet ultérieur.

Il en serait autrement si le point de départ du service étant la station, le point d'arrivée n'était pas le même pour tous les concurrents; par exemple, si les uns se bornent au service de la ville voisine, et si les autres poursuivent leurs transports au delà de cette ville [3].

[1] Un arrêt récent de la Chambre criminelle (Cass., 3 février 1853.— Dev., 53, 1, 231) va plus loin. Il reconnaît qu'il y a violation de l'art. 8 de la loi du 26 juillet 1844, et par suite infraction prévue par l'art. 419 du Code pénal, quand même rien n'établirait le refus de la Compagnie d'accorder des conditions semblables aux entreprises de transport demeurées étrangères à la convention. Cette extrême rigueur me paraît inutile pour atteindre le but de la loi, l'égalité entre les concurrents.

[2] Cass., Ch. crim., 28 juin 1851 (Dev., 52, 1, 150).

[3] *Sic* Trib. de la Seine, 1re Ch., 16 fév. 1853 (*Droit* de 1853, n° 45).

En sens inverse, si le point d'arrivée est le même; mais si le point de départ est différent, bien que, pris sur la même ligne du chemin de fer, il n'y a pas identité de route. Ainsi jugé par la Cour de Rouen dans les circonstances suivantes [1]. Fauchet desservait la route de Rouen à Neufchâtel. Renard s'entendit avec l'administration du chemin de Dieppe, prit les voyageurs à la station de Saint-Victor, et de là les conduisit à Neufchâtel. Il recevait de la Compagnie une forte subvention, qui lui permettait d'abaisser ses prix. Fauchet intenta contre Renard et le chemin de Dieppe une plainte fondée sur l'art. 419 du Code pénal, et l'art. 41 de la loi de 1845. Ses prétentions furent repoussées; elles étaient inadmissibles. En effet, le point de départ n'étant pas le même, les deux routes étaient différentes, et si la Compagnie de Dieppe favorisait Renard, ce n'était point dans le but de lui conférer un privilége, mais uniquement pour attirer un plus grand nombre de voyageurs sur le chemin de Rouen à Saint-Victor.

249 *bis*. Tel est l'état de la jurisprudence en cette matière, telles sont les mesures qui protégent la libre industrie des entrepreneurs de transports. Faut-il aller plus loin? Faut-il refuser aux Compagnies le droit de faire elles-mêmes le service des correspondances, le camionnage et le factage des marchandises? L'affirmative a été soutenue d'une manière remarquable par M. Belamy [2]. Les considérations qu'il fait valoir, au point de vue administratif, ne manquent pas de

[1] Rouen, 3 mars 1853, Ch. des appels correctionnels (*Droit* de 1853, nº 60).

[2] *Journal de droit commercial*, rédigé par MM. Rivière et Huguet, nºs d'octobre et suiv., année 1855.

force. Il est certain qu'il peut y avoir quelque danger à affranchir de toute réglementation des tarifs accessoires qui s'imposent au public par la force des choses, comme suite et conséquence naturelle des tarifs principaux. Il me paraît donc convenable d'appeler sur ce point la surveillance de l'autorité. Mais je ne saurais admettre qu'il soit utile d'interdire aux Compagnies les opérations dont s'agit. Pourquoi forcer les expéditeurs de recourir à un second intermédiaire pour le transport des marchandises? Pourquoi compliquer ainsi le mouvement commercial, au lieu de le simplifier? Les Compagnies peuvent offrir des facilités et des économies d'autant plus grandes que leur intérêt à augmenter la masse du transit est plus considérable. Pourquoi priver le public de ces bénéfices? D'ailleurs, il n'est pas vrai que leur intervention étouffe toute concurrence. Les nombreux procès qu'elles ont eu à soutenir contre les entrepreneurs de transports démontrent le contraire. A côté d'elles les entreprises particulières subsistent et prospèrent, assez du moins pour empêcher le droit des Compagnies de se transformer en monopole. Après les considérations d'utilité, voyons les arguments juridiques. Les Compagnies de chemins de fer (nous dit-on), doivent être renfermées, comme toute société anonyme, dans le cercle étroit de leurs attributions; en dehors des limites de leur concession, leur action cesse d'être légitime; tout ce qui ne leur est pas expressément permis leur est défendu. — J'accorde le principe; mais la conclusion ne me paraît pas logique. Par cela seul qu'une Compagnie est autorisée à exploiter une ligne de chemin de fer, elle est autorisée également à faire tout ce qui se rapporte à cette exploi-

tation, tout ce qui tend à l'entretenir et même à la développer. Ainsi elle peut établir des services de correspondance partout où le besoin s'en fait sentir, partout où les entreprises particulières sont insuffisantes pour attirer les voyageurs et les marchandises. Ces services sont compris dans le domaine de la Compagnie, comme une dépendance nécessaire de la voie ferrée, et ils doivent être maintenus par les tribunaux toutes les fois qu'ils sont en rapport direct avec le service du chemin de fer, et qu'ils ne constituent pas une exploitation indépendante [1].

En ce qui concerne le factage et le camionnage, il y a quelque chose de plus, il y a un texte positif. Relisez l'art. 46 du cahier des charges de la Compagnie du Nord, annexé à la loi du 15 juillet 1845, article reproduit dans tous les cahiers de charges des grandes Compagnies. Le 6e alinéa est ainsi conçu : « Les expéditeurs ou destinataires resteront libres de faire eux-mêmes et à leurs frais le factage et le camionnage de leurs marchandises, et la Compagnie n'en sera *pas moins* tenue, à leur égard, de remplir les obligations énoncées au paragraphe premier du présent article. » La liberté accordée aux tiers est si bien une restriction du droit de la Compagnie, qu'on prend la peine de déclarer qu'elle n'en sera « pas moins » tenue de ses obligations envers eux. Pourquoi ce doute si, en principe, le camionnage et le factage étaient interdits à la Compagnie? Comment pourrait-elle se croire déliée de ses obligations dans une hypothèse qui serait générale et absolue? Il est évident que le législateur considère le factage et le camionnage opérés par les

[1] *Sic* Rouen, 3 mars 1853 (*Droit* 1853, n° 60). Trib. de commerce de Paris, 4 juin 1852 (*Droit*, 1852, n° 135).

tiers comme un cas exceptionnel, et croit devoir maintenir expressément pour ce cas exceptionnel les obligations déjà imposées pour les cas ordinaires. En vain dirait-on que c'est là une erreur de droit, et que la clause est viciée par suite de cette erreur. Les cahiers des charges des compagnies, annexés à la loi de concession, font partie intégrante de cette loi [1]; on peut les critiquer et en demander la réforme, mais on ne peut se permettre de les violer sous prétexte d'erreur de droit.

250. IV. COMPÉTENCE. — En matière de chemins de fer, il y a deux compétences possibles :

La compétence administrative;

La compétence des tribunaux ordinaires, civils ou de commerce.

A. Conflit entre la compétence administrative et la compétence des tribunaux ordinaires.

Nous avons vu que le cahier des charges et le tarif qu'il renferme étaient annexés à la *loi* de concession. Ce ne sont pas des actes administratifs, mais des actes législatifs, par conséquent, leur interprétation rentre dans le domaine du pouvoir judiciaire [2]. Ainsi, toutes les fois que des tiers viendront se plaindre de modifications apportées au tarif, en violation des droits qui leur sont acquis ou des formes exigées par la loi, les tribunaux ordinaires seront compétents [3].

251. La question devient plus délicate lorsque les

[1] Résolu implicitement par arrêt de Cass. du 29 juillet 1853 (*Droit* 53, n° 171).

[2] *Sic* Cass., 19 janvier 1849 (Dev., 49, 1, 19); Cass., 19 juin 1850 (50, 1, 607).

[3] Cass., 7 juillet 1852 (52, 1, 713). Il s'agissait de modifications au tarif non affichées.

modifications ont été homologuées par l'administration, conformément à la loi de 1839 [1]. Les vrais principes me paraissent établis par la décision du tribunal des conflits, en date du 3 janvier 1851 [2].

Voici l'espèce. La Compagnie d'Amiens à Boulogne se trouvait alors indépendante de la Compagnie du Nord. Pour la protéger contre la concurrence de cette dernière, l'art. 41 *bis* du cahier des charges [3] portait que la Compagnie du Nord ne pourrait abaisser ses tarifs d'Amiens à Calais, sans les abaisser également de Paris à Amiens, au profit des voyageurs et marchandises allant à Boulogne.

La réduction prévue se réalisa, et fut approuvée par décision ministérielle du 10 février 1847. Procès devant le tribunal de commerce de la Seine, et jugement qui condamne la Compagnie du Nord. Appel devant la Cour de Paris; déclinatoire, et enfin arrêté de conflit. Le tribunal des conflits «... Considérant que la Compagnie demanderesse fonde ses prétentions sur l'art. 41 *bis* du cahier des charges, annexé à la loi du 15 juillet 1845, portant autorisation de concéder le chemin de fer de Paris à la frontière de Belgique, avec embranchement de Lille sur Calais et Dunkerque; — Considérant qu'elle soutient que cet article a consacré des droits à son profit et imposé envers elle à la Compagnie du chemin du Nord des obligations que celle-ci aurait méconnues par le passé, et qu'elle doit à l'avenir être tenue d'exécuter; — *Considérant que l'interprétation et l'application de cette disposition législative, invoquée comme constituant des droits particuliers et*

[1] Loi du 9 août 1839; art. unique. V. aussi loi du 19 juillet 1845 (art. 21), et autres lois de concession.

[2] Dev., 51, 2, 376.

[3] Loi du 15 juillet 1845.

des obligations déterminées, appartiennent au pouvoir judiciaire seul compétent pour statuer sur les demandes en dommages-intérêts réclamées à raison de l'atteinte prétendue, portée pour le passé, et qui serait portée pour l'avenir, à ces droits particuliers, par l'inexécution d'obligations légales; — Considérant, d'ailleurs, que l'homologation des tarifs réduits de Paris à Calais, sur la demande expresse de la Compagnie du chemin de fer du Nord, n'a eu lieu que *sous la réserve des droits des tiers;* que pour l'avenir la demande n'a pas pour objet de contester le droit d'homologation des tarifs, réservé par la loi à l'administration; qu'ainsi l'autorité judiciaire, dans l'exercice de sa compétence, ne rencontre aucun obstacle tiré de l'existence d'actes administratifs qu'il s'agirait d'interpréter;

« Décide :

« Art. 1er. L'arrêté de conflit pris par le préfet de la Seine, le 15 juillet 1850, est annulé. »

Il est à remarquer qu'en fait l'homologation administrative réservait le droit des tiers; mais ce considérant n'est qu'accessoire dans la pensée du tribunal, comme l'indique très-bien le mot « d'ailleurs. » Une semblable réserve doit toujours être sous-entendue.

252. En 1851, un nouveau conflit se présente dans une autre affaire.

Contrairement à l'art. 3 de la loi du 9 juillet 1836, la Compagnie de Versailles avait établi un tarif, d'après lequel la proportion kilométrique n'était pas observée, le prix du transport étant le même de Paris à Saint-Cloud, et de Paris aux stations intermédiaires, Courbevoie, Puteaux, Suresnes [1]. MM. Dupont, Duval et Sciard, entrepreneurs de voitures de Paris à Saint-

[1] Ce tarif était homologué par l'administration supérieure.

Cloud, réclament des dommages-intérêts contre la Compagnie de Versailles. Le tribunal de commerce se déclare incompétent. Sur l'appel, le déclinatoire proposé par le préfet de la Seine est rejeté. «... Considérant que la demande... présente à juger une question de dommages-intérêts, agitée par des tiers ou prétendus tels, fondée sur la violation par la Compagnie du chemin de fer de Paris à Versailles de droits particuliers ou prétendus tels, résultant pour eux des conditions et prescriptions de la concession primitive; qu'il en résulte que cette demande, à ces divers points de vue, implique nécessairement l'interprétation et l'application des lois des 9 juillet 1830 et 9 août 1829, et qu'ainsi elle constitue un litige qui, par sa nature et ses effets, est du domaine de l'autorité judiciaire.

« La Cour... dit que c'est à tort que le tribunal de commerce s'est déclaré incompétent [1]. »

Le 16 août 1852, arrêté de conflit, confirmé par décision du Conseil d'Etat, en date du 21 avril [2].

« Considérant que si l'autorité judiciaire est compétente pour connaître des difficultés qui s'élèvent entre les Compagnies concessionnaires et les redevables sur l'application des tarifs, la quotité des droits exigés ou la restitution de taxes indûment perçues, il ne s'agit pas dans l'espèce d'une contestation de cette nature...

« Considérant qu'aux termes des art. 14 et suivants de l'ordonnance royale du 15 novembre 1846, rendue en exécution de la loi du 15 juillet 1845, et portant règlement d'administration publique sur la police, la sûreté

[1] Paris, 9 juillet 1852 (*Droit* 53, n° 98).
[2] *Droit* 53, n° 98; Dev., 54, 2, 66.

et l'exploitation des chemins de fer, c'est à l'administration qu'il appartient, sur l'initiative des Compagnies, et après que le public a été informé par des affiches des changements demandés, d'approuver, en vue de l'intérêt général, dans les limites du maximum autorisé par le cahier des charges, ou de rejeter les modifications proposées au tarif des perceptions, et que, sous le prétexte d'un dommage prétendu causé par ces modifications à des intérêts privés, l'autorité judiciaire ne saurait, sans méconnaître le principe de la séparation des pouvoirs, s'immiscer directement ou indirectement dans l'appréciation d'actes de cette nature, y porter atteinte. »

Cette décision ne me paraît pas irréprochable. Elle méconnait la véritable nature du litige. Il ne s'agissait pas d'annuler les tarifs homologués par l'administration ; mais bien de savoir si les entrepreneurs de voitures avaient des droits acquis, en vertu de l'art. 3 de la loi de 1836, et si ces droits se trouvaient lésés par les modifications introduites en faveur de la Compagnie de Versailles.

L'interprétation de la loi de 1836 était donc le fond de l'affaire. Et la preuve, c'est que le tarif pouvait subsister, malgré l'allocation de dommages-intérêts, de même que les concessions faites à des établissements incommodes ou insalubres subsistent, bien qu'elles puissent entraîner des indemnités au profit des voisins, comme l'a décidé si souvent la Cour suprême[1].

Posons donc en principe que les tribunaux ordinaires sont compétents toutes les fois que les tiers invoquent de prétendus droits résultant à leur profit de

[1] Rejet, 23 mai 1831 (31, 1,296); Rejet, 17 juillet 1845 (45, 1, 825); Cass., 28 fév. 1848 (48, 1, 311).

l'interprétation de la loi de concession, ou du cahier des charges qui y est annexé.

B. Compétence des tribunaux ordinaires[1].

253. 1° *Compétence* ratione materiæ. — Les entreprises de chemins de fer, ayant pour objet le transport par terre des marchandises et des voyageurs, constituent une entreprise commerciale[2] (art. 632, 2e al., Code comm.). De là, il résulte que toute demande intentée contre une Compagnie de chemins de fer peut être portée devant le tribunal de commerce, et que la preuve testimoniale doit être admise en faveur du demandeur (art. 109 C. comm.). Il en est de même si l'action est dirigée contre un préposé de la Compagnie (art. 634, 1°)[3].

D'autre part, aux termes de la loi du 25 mai 1838, art. 2 : « Les juges de paix prononcent sans appel jusqu'à la valeur de 100 francs, et, à charge d'appel, jusqu'au taux de la compétence en dernier ressort des tribunaux de première instance : — Sur les contestations... entre les voyageurs et les voituriers ou bateliers, pour retards, frais de route et perte ou avarie d'effets accompagnant les voyageurs... »

On a soutenu que cet article dérogeait à l'art. 632 du Code de commerce (§ 3 précité), en d'autres termes que la compétence des juges de paix était exclusive de la compétence commerciale[4]. Dans le sens de

[1] Les questions qui vont nous occuper ne sont pas exclusivement propres aux entreprises de chemins de fer; en principe, elles sont communes à toutes les entreprises de transports, et comportent dans tous les cas les mêmes solutions, mais en fait elles sont nées de l'établissement des chemins de fer. Voilà pourquoi nous avons cru devoir les joindre à cet appendice.

[2] *Sic* Rejet, Ch. civ., 28 juin 1843 (43, 1, 574).

[3] Rejet, Ch. crim., 1er sept. 1848 (Dev., 48, 1, 653).

[4] V. Dalloz (*Répertoire de législation*, v° COMPÉTENCE CIVILE DES TRI-

cette opinion, on invoque les termes absolus dont se sert la loi de 1838; ces termes ne comportent aucune réserve en faveur de la juridiction consulaire. Il s'agit d'une disposition spéciale, précise, embrassant les actes de commerce aussi bien que les actes de droit civil.

Le système contraire, adopté par la Cour d'Angers dans un arrêt tout récent [1], me paraît infiniment préférable.

Je ne contesterai point l'extension du mot « voituriers » aux Compagnies de chemins de fer. Je crois bien que le législateur de 1838 avait en vue non pas ces sociétés modernes, qui couvrent de leur réseau de vastes régions, mais bien plutôt ces modestes entreprises destinées à relier entre elles quelques petites villes peu distantes, et qui restreignent leurs opérations dans un cercle assez étroit; il considérait le juge de paix comme un juge local, également proche du voyageur qui passe sur les lieux et du voiturier qui les habite. Mais j'avoue qu'en pratique, la distinction entre le simple voiturier et l'entrepreneur de transports serait fort délicate, pour ne pas dire impossible; que l'art. 103 du Code de commerce les confond dans l'application des mêmes dispositions; et qu'enfin une jurisprudence unanime comprend sous le nom de « voituriers » tous ceux qui se livrent au transport des personnes ou des choses, depuis le cocher de

BUNAUX DE PAIX, n[os] 199-201); Paris, 13 fév. 1844, cité par Dalloz (*Ibid*, n° 200, note 1).—Aff. Lelièvre contre Levrier, directeur d'une Compagnie de bateaux à vapeur.

[1] Angers, 3 mai 1855 (*Droit* du 8 juin 1855). — Aff. Marais contre la Compagnie d'Orléans. — La Cour de Caen avait déjà consacré le même principe en ce qui concerne l'action dirigée par le voyageur contre l'aubergiste, action prévue par l'art. 2 de la loi de 1838.—Caen, 25 mars 1846 (Dev. 46, 2, 481).

fiacre [1] jusqu'aux directeurs des messageries, et aux gérants des Compagnies de chemins de fer.

Le juge de paix est donc compétent. Est-ce à dire que sa compétence ne puisse se concilier avec celle des tribunaux de commerce? Pas le moins du monde. Dans une multitude de cas, nous voyons la compétence civile et la compétence commerciale coexister. Cela arrive toutes les fois qu'un acte est commercial vis-à-vis de l'une des parties, sans avoir le même caractère vis-à-vis de l'autre partie. Celui qui a fait acte de commerce (dans l'espèce, l'entrepreneur de transports) est poursuivi devant les juges consulaires, et réciproquement celui qui n'a pas fait acte de commerce (le voyageur) est poursuivi devant les tribunaux civils. Si ce dernier est demandeur, il a le choix entre les deux juridictions. Ce droit d'option, établi d'une manière formelle par l'art. 10 du titre XII de l'ordonnance de 1673, reconnu d'une manière implicite par le Code de commerce, a été consacré par la Cour suprême comme une des règles fondamentales de notre procédure [2]. Le demandeur n'ayant pas fait acte de commerce ne peut être soumis malgré lui à la juridiction consulaire; il faut donc qu'il puisse traduire son adversaire devant les tribunaux civils; mais, s'il lui convient d'agir autrement, le défendeur ne peut se plaindre, puisqu'il est traduit devant son juge na-

[1] Arrêt Harrisson Page, Cassation, 1er mai 1855 (*Droit* du 25 mai).

[2] Cass. Rejet, 12 déc. 1836 (Dev , 37, 1, 812) : Cass., 6 nov. 1843 (44, 1, 168); *Sic* Bourges, 17 juillet 1837 (38, 2, 120); Bourges, 31 mars 1841 (42, 2, 78); Paris, 30 déc. 1833 (34, 2, 120); Merlin, *Questions de droit*, v° COMMERCE (Acte de), § 9 ; Pardessus, V, n° 1347 ; *Contra* Bastia, 10 août 1831 (33, 2, 87) ; Orléans, 5 mars 1842 (42, 2, 393) Locré, VII, p. 200 ; Favard, v° TRIB. DE COMM., sect. 2, § 1, n° 5 ; Carré; comp., art. 385, n° 487, p. 533, note; Orillard, n° 235.

turel, le juge de ceux qui ont fait acte de commerce.

Pourquoi ces principes ne seraient-ils pas applicables à la compétence des juges de paix? Avant la loi de 1838, le voyageur avait le choix entre le tribunal de commerce et le tribunal civil; la loi de 1838 survient; elle substitue dans une certaine limite le juge de paix au tribunal civil; elle modifie l'un des termes de l'alternative, mais l'autre subsiste. Le voiturier a fait acte de commerce; il s'est soumis par cela même à la juridiction consulaire; lui permettre de s'y soustraire, ce serait bouleverser toute l'économie des lois qui règlent cette juridiction. D'ailleurs, comment trouver, dans les termes ou dans l'esprit de la loi de 1838, une dérogation quelconque à la compétence commerciale? Cette dérogation fut proposée à la Chambre des pairs, mais rejetée après un discours de M. Portalis [1]. « Ce n'est pas (disait-il) contre l'extension de la compétence que je m'élève, c'est contre le changement de la nature de la juridiction. Dans l'état actuel des choses, c'est le tribunal de commerce qui juge en dernier ressort toutes les affaires commerciales jusqu'à 1,000 fr. [2]. Ces affaires ne subissent qu'un seul degré de juridiction. Or, qu'arrivera-t-il dans les affaires où il s'agit d'une valeur au-dessus de 100 fr. et au-dessous de 1,000 fr.? On les portera d'abord devant le juge de paix, et ensuite elles seront soumises au second degré de juridiction. De plus, les tribunaux de commerce deviendront des tribunaux d'appel; chose pour laquelle ils ne sont pas institués. C'est, il me semble, dénaturer l'institution toute spéciale de la juridiction commerciale. »

[1] V. *Moniteur* du 18 avril 1838.

[2] Aujourd'hui 1,500 fr.

Il est vrai que l'amendement rejeté portait sur l'article 1er et non sur l'art. 2. Qu'importe? Les motifs invoqués par M. Portalis sont aussi bien applicables au cas particulier qui nous occupe qu'aux hypothèses plus générales qu'il prévoyait.

L'art. 1er est conçu en termes aussi absolus que l'art. 2 : ni l'un ni l'autre ne contient une réserve expresse en faveur de la juridiction consulaire; si donc on est forcé d'admettre une réserve tacite dans l'article 1er, la logique exige une conclusion semblable dans l'art. 2. Les deux articles se réfèrent au taux de la compétence en dernier ressort des tribunaux civils (1,500 fr.); l'art. 2 pas plus que l'art. 1er ne se réfère au taux de la compétence en dernier ressort des tribunaux de commerce, lequel était alors limité à 1,000 fr.

Ajoutons (avec la Cour d'Angers) que le but du législateur dans la loi de 1838, à savoir l'institution ou du moins l'extension d'une justice simple, rapide et économique, se trouvait déjà atteint en ce qui concerne les matières commerciales par l'établissement des tribunaux de commerce. Nous verrons même plus loin que ces tribunaux réalisent des avantages qui leur sont particuliers, et qu'ils offrent des facilités inconnues aux justices de paix.

Du reste, l'innovation introduite par la loi de 1838 conserve toute son utilité. Il s'agit seulement de ne pas en exagérer l'importance. D'abord, toutes les fois que le voiturier sera demandeur, la loi de 1838 lui donne un recours prompt, facile et peu dispendieux, ce qui n'existait pas auparavant. Ensuite, et en supposant le voyageur demandeur, il est possible qu'il préfère s'abstenir de la juridiction commerciale; il

[1] Arrêt du 3 mai 1855 (*Droit* du 8 juin).

appréciera, d'après les circonstances, quel est son intérêt véritable; c'est donc une garantie de plus qu'il trouve dans la loi nouvelle, et non une diminution de ses droits, comme il arrive dans le système exclusif que nous venons de combattre.

Ainsi, pour nous résumer sur ce premier point, le voyageur a le choix entre le tribunal de commerce d'une part, et d'autre part la justice de paix ou le tribunal civil, selon que le chiffre de la demande est inférieur ou supérieur à la somme de 1,500 fr.

Si la demande intentée contre la Compagnie ne porte point sur « perte ou avarie de bagages, » la compétence du juge de paix est écartée. Restent le tribunal civil ou le tribunal de commerce au choix du demandeur, s'il n'est pas commerçant. Dans le cas contraire, le tribunal de commerce se trouve seul compétent.

254. 2° *Compétence* ratione personæ.

PREMIÈRE HYPOTHÈSE. — *Le demandeur choisit la juridiction ordinaire.* Quel est, entre tous les tribunaux civils ou les tribunaux de paix, le tribunal compétent?

L'art. 59 du Code de procédure civile pose le principe : « En matière personnelle, le défendeur sera assigné devant le tribunal de son domicile. » — C'est la consécration de la vieille maxime, *actor sequitur forum rei.* Il s'agit alors de savoir ce qu'il faut entendre par le domicile de la Compagnie. Les uns pensent que le domicile de la Compagnie est suffisamment déterminé par l'art. 102 Code Napoléon; c'est le lieu où elle a son « principal établissement [1]. »

[1] *Sic* Rouen, 28 juin 1844, et 19 juin 1846 (Dev., 46, 2, 629).

D'autres appliquent par analogie l'art. 69 C. pr. «... 3° Les administrations ou établissements publics en leurs bureaux, dans le lieu où réside le siége de l'administration; dans les autres lieux en la personne et au bureau de leur préposé[1]. »

Cette extension du 3° de l'art. 69 me paraît très-désirable au point de vue législatif, mais impossible au point de vue juridique, en l'absence d'une dispotion expresse. Nous nous trouvons donc en face de l'art. 102 combiné avec l'art. 59. Seulement il ne faut pas oublier que les principes du mandat viennent adoucir la rigueur de ces articles. A l'égard des tiers traitant avec la Compagnie, le siége de l'administration est partout où elle a un gérant qui la représente[2]. Je ne crois même pas qu'on doive exiger la preuve que le préposé avait mandat spécial pour recevoir les assignations [3]. Il suffit qu'il soit revêtu d'un mandat général, car alors, aux termes de l'art. 1988 C. Nap., il a le droit de faire des actes d'administration, et il rentre dans ses pouvoirs de défendre à une action personnelle, née de l'exercice même de son mandat. Quelquefois le texte des statuts désigne certaines villes où la Compagnie devra établir un de ses membres pour recevoir les significations et les notifications qu'on peut lui adresser [4]. Cette disposition devrait se

[1] Trib. de commerce de Rouen, 20 oct. 1845 (46, 2, 621).

[2] Rejet, Req., 15 mai 1844 (Dev., 44, 1, 394); *Sic* Rouen, 15 juillet 1844; Cass., 11 juin 1845 (45, 1, 700); Rejet, req., 30 décembre 1846 (47, 1, 285); Rejet, req., 26 nov. 1849 (50, 1, 44); V. aussi Rejet, ch. cr., 11 mai 1852 (52, 1, 509). Ce dernier arrêt se borne à reconnaitre qu'il avait été souverainement jugé en fait par la Cour d'appel, que la Compagnie avait son siége tout à la fois à Paris et à Alger.

[3] V. Cass., 15 janvier 1851 (Dev., 51, 1. 177). Cet arrêt exige la preuve d'un mandat spécial.

[4] V. art. 52 des statuts de la Compagnie de Strasbourg à Bâle, statuts

retrouver dans tous les cahiers de charges des Compagnies; mais elle est rare, et le plus souvent le voyageur doit avoir recours à un tribunal lointain pour obtenir justice.

255. DEUXIÈME HYPOTHÈSE. — *Le demandeur choisit la juridiction commerciale.* Quel est, entre tous les tribunaux de commerce, le tribunal compétent?

D'abord, et sans aucun doute, le tribunal du domicile du défendeur. Pas de difficulté sur ce point; tout ce que nous venons de dire sur le sens du mot domicile est évidemment applicable dans cette seconde hypothèse; mais il y a controverse pour savoir si le tribunal du domicile du défendeur est le *seul* compétent. Voici le texte qui soulève la discussion, c'est l'art. 420 du Code de procédure civile; il est placé sous la rubrique, « procédure devant les tribunaux de commerce. »

« Art. 420. Le demandeur pourra assigner à son choix: — devant le tribunal du domicile du défendeur; — devant celui dans l'arrondissement duquel la *promesse* a été faite et la *marchandise livrée;* — devant celui dans l'arrondissement duquel le *payement* devait être effectué. »

L'art. 420 doit-il être restreint au cas de vente, ou, au contraire, doit-il être étendu à toutes les transactions commerciales?

Au premier abord, les mots « marchandise livrée et payement » semblent se référer à un seul contrat, le contrat de vente. Mais l'esprit de la loi répugne à une interprétation aussi étroite, et le texte lui-même se prête à un sens plus large. Comme l'a très-bien dit

annexés à l'ordonnance du 14 mai 1838. Le lieu désigné est Mulhouse. Cass., 22 mai 1848 (48, 1, 328).

la Cour suprême dans une instance dirigée contre les messageries générales : « Le mot marchandise, employé sans restriction ni spécification, peut s'entendre de tout ce qui est l'objet d'un trafic, d'un négoce, de tout ce qui tient au commerce, à la spéculation ; c'est ainsi que l'édit de 1563, portant création de la juridiction consulaire de Paris, appelle *faits de marchandise* les actes de commerce dont il défère la connaissance à cette juridiction ; le mot marchandises employé seul est donc un mot générique ; c'est la chose commerciale, c'est aussi le commerce lui-même[1]. »

Quant au mot « payement, » il suffit de jeter les yeux sur les articles du Code Napoléon 1236-1248, inscrits sous la rubrique « du payement, » pour se convaincre que dans la langue du droit ce mot s'applique à l'exécution de toute obligation.

D'ailleurs, l'art. 420 est conçu en termes généraux ; il embrasse nécessairement toutes les actions commerciales nées d'un contrat. « *Le demandeur* (dit-il) pourra assigner à son choix. » — Il ne désigne pas tel ou tel demandeur placé dans des circonstances particulières ; non, le choix est déféré à tout demandeur, quel qu'il soit. Si les deux dernières dispositions avaient été rédigées dans un sens restrictif, rien de plus simple, de plus naturel et de plus nécessaire que d'ajouter ces mots « en cas de vente. » Le législateur ne l'a pas fait, et il n'est pas permis de les suppléer arbitrairement.

Quel motif pouvait-il avoir d'introduire cette distinction ? Pourquoi cette triple compétence en matière commerciale ? Pour faciliter au demandeur l'accès de

[1] Rejet, Req., 26 fév. 1859 (Dev., 39, 1, 172).

la justice, pour épargner aux parties une perte de temps inutile, pour assurer enfin d'une manière plus énergique et plus efficace ce qui est là vie même du commerce, l'exécution fidèle des marchés conclus. Qu'importe l'objet du contrat? Qu'il s'agisse de transporter les personnes et les marchandises, ou de vendre et d'acheter, dans tous les cas il faut une justice prompte, facile, toujours présente; dans tous les cas, quelle que soit la forme, le fond est le même; c'est le mouvement qui se fait, c'est la richesse publique qui circule, c'est l'échange de services mutuels qui s'accomplit; voilà les intérêts qui demandent protection, et qui la demandent tous avec des titres égaux.

Nous arrivons ainsi à reconnaître que l'art. 420 comprend, dans sa généralité, toutes les conventions commerciales ayant pour objet des marchandises, c'est-à-dire un objet quelconque de trafic et de spéculation. Cette interprétation, évidemment conforme aux véritables intérêts du commerce, a été adoptée par une jurisprudence à peu près unanime [1]. Elle devait

[1] V. Cass., 8 juillet 1814 et 8 mars 1827; Paris, 23 avril 1825; Bruxelles, 23 mai et 22 octobre 1831; Lyon, 17 février 1833 (Dev., 33, 2, 363); Cass., 9 décembre 1836 (36, 1, 881); Rejet. Req., 26 février 1839 (Aff. des Messageries générales (39, 1, 172); Orléans, 31 juillet 1844; Douai, 8 novembre 1844 (45, 2, 516); Aix, 30 mai 1845 (J.P. 1845, t. II, p. 464); Douai, 11 mars 1848 (48, 2, 427); Bordeaux, 4 mai 1848 (48, 2, 429); Orléans, 31 mai 1848 (48, 2, 630); Paris, 31 juillet 1850 (52, 2, 331); Cass., 4 mars 1845 (45, 1, 273.—Chemin de fer de Rouen contre Duchemin. — La question soumise à la Cour n'était pas la même; mais le principe est établi sous forme incidente); Angers, 29 juillet 1833 (Chemin de fer de Nantes contre Duribert, 54, 2, 57); Bourges, 2 avril 1854 (54, 2, 340. — Chemin de fer d'Orléans contre Tachard); Angers, 3 mai 1855 (*Droit* du 8 juin 1855, Marais contre la Compagnie d'Orléans); *Contra* Montpellier, 22 janvier 1811; Cass., 22 janvier 1818; Colmar, 30 août 1831 (32, 2, 8); Bordeaux, 22 mars 1836 (37, 2, 138), et 17 juillet 1846 (48, 2, 431); Bastia, 15 janvier 1855 (55, 2, 23).

être étendue aux entreprises de chemins de fer; et elle l'a été [1].

Des considérations puissantes militaient ici pour l'application de l'art. 420. « Considérant (dit la Cour de Bourges [2]) que vis-à-vis des Compagnies de chemins de fer, monopolisant les transports, dont le réseau s'étend ou peut s'étendre de Paris ou de quelque autre grand centre aux extrêmes limites du territoire, on ne saurait admettre sans un grave préjudice pour leur immense clientèle forcée, et sans une profonde perturbation des intérêts commerciaux que, dans tous les cas, les tiers qui ont traité avec les agents accrédités par les Compagnies dans leurs nombreux établissements, ne pourront poursuivre l'exécution des conventions que devant le seul tribunal du siége capital de la société..... » — La Cour d'Angers [3], disposant pour le cas spécial de perte ou avarie de bagages, déclare que « si la prétention de la Compagnie de faire porter au domicile de son principal établissement toutes les difficultés qui peuvent s'élever par suite de pertes de bagages était admise, elle atteindrait indirectement le privilége de se débarrasser, en fait, à peu près de toute responsabilité, pour les négligences et les infidélités possibles de ses agents, alors que les destinataires des objets transportés seraient dans l'obligation de porter leurs réclamations au siége de la société; qu'on peut presque dire qu'il y a une question morale et d'ordre public à ce que, pour la restitution des objets qui ont été égarés ou détournés par les agents de la Compagnie, ou pour les dommages-intérêts à en obtenir, les

[1] V. les quatre derniers arrêts précités.
[2] Bourges, 2 avril 1854.
[3] Arrêt précité du 29 juillet 1853.

destinataires puissent l'assigner devant le juge du lieu où l'obligation devait être exécutée... »

L'art. 420 étant reconnu applicable en matière de transports, il s'ensuit que la Compagnie défenderesse peut être assignée : 1° devant le tribunal dans l'arrondissement duquel se trouve la station de départ ou d'expédition (c'est le lieu de la promesse et de la livraison); 2° devant le tribunal dans l'arrondissement duquel se trouve la station d'arrivée (c'est le lieu d'exécution, le lieu du payement).

256. On le voit, la compétence en matière de chemins de fer est multiple : c'est là un précieux avantage pour le public. Est-ce assez pour assurer, dans tous les cas, une protection efficace à tous les intérêts? Il est permis d'en douter. Le juge de paix compétent peut être loin; la station où s'arrête le voyageur peut ne pas avoir de tribunal de commerce. Pour combler les lacunes, trancher les controverses, il faudrait une loi spéciale. En attendant, le système que nous venons d'exposer, et qui est, en général, le système suivi par la jurisprudence, nous paraît le plus utile dans la pratique et le plus conforme aux principes du droit commun.

SECTION II. — Entreprise sur devis et marchés.

257. *Définition des mots* devis *et* marchés. — Nous connaissons déjà la nature de ce contrat. Il nous reste à expliquer les expressions dont le Code s'est servi.

On entend par devis le « règlement fait à l'avance des travaux à exécuter et du prix à payer [1]. » Le mar-

[1] M. Demante, programme, t. III, n° 483.

ché est la convention en vertu de laquelle ce règlement devient obligatoire pour l'avenir.

258. *Division de la matière.* — Les règles spéciales que nous rencontrons sur cette matière se rapportent :

1° A la responsabilité de l'ouvrier;

2° Au payement du prix;

3° A la résiliation du contrat;

4° A l'action des ouvriers de l'entrepreneur contre celui qui a commandé l'ouvrage;

5° Aux garanties du contrat.

Nous étudierons l'une après l'autre chacune de ces catégories.

§ 1. — Responsabilité de l'ouvrier.

259. Le Code suppose une double hypothèse : 1° celle où l'ouvrier fournit la matière; 2° celle où il fournit seulement son travail.

Cas où l'ouvrier fournit la matière. — De là s'est élevée parmi les jurisconsultes la question de savoir si dans la première hypothèse il y a vraiment un louage.

En droit romain et dans notre ancien droit français, on avait adopté la négative. Au fond, il y a dans un pareil contrat un mélange de louage et de vente; mais la vente paraissait absorber le louage (du moins, lorsque l'ouvrier fournit la matière principale), et dès lors on soumettait ce contrat aux règles de la vente.

260. En est-il de même chez nous? MM. Duranton[1] et Duvergier[2] ont soutenu avec beaucoup de talent que les rédacteurs du Code avaient changé sur ce point

[1] XVII, 250.
[2] II, 335.

l'ancienne jurisprudence. Ils ont fait remarquer d'abord que les art. 1787 et 1788, qui règlent cette hypothèse, étaient placés sous la rubrique des devis et marchés, et que, par suite, elle se trouvait rangée parmi les diverses espèces que peut présenter le louage d'industrie. En outre, disent-ils, il y a une grande différence entre vendre un objet tout fait ou promettre de le confectionner; dans le premier cas, il n'entre dans le contrat aucune considération de la personne; dans le second, au contraire, cet élément se rencontre au plus haut degré, et c'est là le caractère du louage, caractère antipathique à la vente.

261. Je ne me dissimule point que ces raisons sont puissantes, et que peut-être une saine logique devrait, *en législation*, faire triompher cette doctrine. Mais *en droit* elle me paraît insoutenable en présence de l'article 1711, et surtout des documents que nous fournissent les discussions au Conseil d'Etat.

L'art. 1711 (6e al.) est formel : « Les devis, marché ou prix fait, pour l'entreprise d'un ouvrage, moyennant un prix déterminé, sont aussi un louage *lorsque la matière est fournie par celui pour qui l'ouvrage se fait.* » Pour contredire un pareil texte, il en faudrait un autre aussi positif, aussi énergique; car, enfin, une antinomie dans la loi est une chose grave; il n'est permis à l'interprète de l'admettre qu'à la dernière extrémité. Or, les art. 1787 et 1788 ne démentent pas l'article 1711; au contraire, ils le confirment, puisqu'ils appliquent les règles de la vente à l'hypothèse prévue; seulement, ils sont déplacés; mais n'est-il pas raisonnable de voir un défaut de rédaction dans la loi, plutôt qu'une contradiction flagrante?

262. Maintenant, si l'on remonte aux sources his-

toriques pour y chercher l'intention véritable du législateur, non-seulement on ne trouve aucune trace d'une pareille innovation, mais encore on découvre la preuve évidente que dans les art. 1787 et 1788, on voulait purement et simplement consacrer de nouveau la doctrine contenue dans l'art. 1711.

En effet, l'art. 1787 (sous le n° 110, puis sous le n° 84) était ainsi rédigé dans l'origine : « Lorsqu'on charge quelqu'un de faire un ouvrage, on peut convenir qu'il fournira seulement son travail ou son industrie, ou bien qu'il fournira aussi la matière. — Dans le premier cas, *c'est un pur louage*. — Dans le second, c'est une *vente* d'une chose une fois faite. »

A la séance du 23 pluviôse an XII, la section de législation du Tribunat fit ses observations, et entre autres celle-ci :

« Art. 84 (1787), supprimer les deux derniers alinéas *comme étant de pure doctrine* et n'ayant nullement le caractère d'une disposition législative. » Cette suppression fut faite, et l'article resta rédigé tel qu'il est; après cela, il n'y a plus de doute possible; il est évident que l'ancienne jurisprudence, déjà reproduite dans l'art. 1711, a été définitivement maintenue [1]. Quant à l'importance pratique de la question, elle se présente, comme nous le verrons plus loin (n[os] 269-281), lorsqu'il s'agit de la garantie due par l'ouvrier ou de la résiliation du contrat (art. 1792-1794 et 1795).

263. *Cas où l'ouvrier fournit seulement son travail.* — Reste la seconde hypothèse, quand l'ouvrier fournit seulement son travail; on peut supposer aussi qu'il fournit, outre son travail, des matériaux accessoires;

[1] *Sic* Delvincourt, III, p. 117; MM. Demante (pr. III, n° 484); Troplong (III, n° 962 à 966); Marcadé (art. 1791, I).

par exemple, les boutons ou la doublure d'un habit; car il n'y a jamais eu discussion sur ce point; on a toujours admis que c'était un louage.

Trois cas peuvent se présenter :

1° La chose périt par la *faute de l'ouvrier;*

2° Par *cas fortuit;*

3° Par *vice de la matière ou par la faute du maître.*

264. 1° *Perte par faute de l'ouvrier.* — Dans le premier cas, l'ouvrier est responsable de la perte totale ou partielle (art. 1789); c'est l'application pure et simple du principe de bon sens et d'équité posé dans l'art. 1382 : « Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. » Observez qu'il est responsable non-seulement de sa faute, mais encore de celles commises par les personnes qu'il emploie (art. 1797); autre application d'un principe général posé dans l'art. 1384.

265. 2° *Perte par cas fortuit.* — Dans le second cas, l'ouvrier n'est pas tenu de restituer la chose perdue; mais, d'autre part, il ne peut réclamer le salaire promis (art. 1790). — Nous avons vu qu'en droit romain, il en était autrement; l'ouvrier avait droit à son salaire. Cette différence de solution a soulevé de grandes controverses parmi les interprètes, dont la subtilité s'est exercée à rechercher savamment quels motifs avaient inspiré le législateur soit dans un sens, soit dans un autre. Au milieu de ces controverses, figure, comme d'habitude, la fameuse maxime *Res perit domino,* devant l'autorité de laquelle chacun s'incline, et que l'on croit voir dominer dans le système français comme dans le système romain. — Les jurisconsultes de Rome, dit-on, considéraient le travail ac-

compli par l'ouvrier comme appartenant déjà au maître; dès lors le travail comme la matière périt pour lui, il n'a droit à aucune restitution, et il reste débiteur du prix. Aux yeux des rédacteurs du Code civil, au contraire, l'ouvrier est demeuré propriétaire du travail accompli, tant que ce travail n'est pas complétement achevé, car ce que le maître a voulu acquérir, c'est l'*opus consummatum;* dès lors, le travail appartenant à l'ouvrier périt pour lui, et il perd le prix convenu [1]. J'avoue que ces arguments, empruntés aux habitudes de la vieille scolastique, me paraissent peu propres à satisfaire l'intelligence. M. Oudot, dans ses *Essais de philosophie du droit*, a fait voir avec autant d'esprit que de force tout le vide des brocards latins en général, et de la prétendue maxime, *res perit domino* [2], en particulier. D'abord, quant à ce qui est du droit romain, et sans nous écarter de notre sujet, cette maxime n'apparaît pas une seule fois dans les textes relatifs à la responsabilité de l'ouvrier; au point de vue historique, elle n'a donc aucune valeur. Au point de vue rationnel, elle en a bien moins encore. Elle exprime plutôt un fait qu'un principe : le propriétaire « supporte la perte de sa chose. » Pourquoi? c'est là le point important, et c'est précisément sur ce point que notre maxime garde le silence. Et encore ce fait est loin d'être absolu ou même général, car il est faux toutes les fois que la chose se trouve entre les mains d'un débiteur qui est en faute, ou qui s'est chargé des cas fortuits, ou qui est un voleur, et dans une foule d'autres circonstances. Dans notre espèce,

[1] M. Mouricault au Tribunat (Fenet, t. XIV, p. 341); MM. Duvergier (II, n° 377); Troplong (III, n° 977); Marcadé (art. 1791, II), etc., etc.
[2] M. Oudot, *Premiers Essais de philosophie du droit*, p. 84, XCIV.

il est vrai que le propriétaire n'a droit à aucune indemnité; mais pour quelle raison? C'est ce qui reste à expliquer.

266. Le maître a le *profit* exclusif de sa chose, il est donc juste qu'il en supporte seul la *perte* tout entière; l'ouvrier, au contraire, donne son travail, il le donne pour l'utilité et l'avantage d'un autre; si ce travail devient inutile par une cause indépendante de sa volonté, il est juste, néanmoins, que le maître participe à la perte; car c'est *pour lui* que l'ouvrier a dépensé ses peines. Tel était le point de vue des Romains, il était peut-être d'une équité plus rigoureuse que le nôtre; mais le législateur français a mieux aimé voir dans le cas fortuit un malheur commun, qui doit frapper d'une manière égale les deux contractants; l'ouvrier y participe par la perte de son travail, le maître par la perte de la chose: ce système a paru plus bienveillant et plus conforme aux intentions des parties. En droit romain, il y a deux obligations, causes réciproques l'une de l'autre, mais indépendantes, une fois qu'elles sont créées; l'impossibilité d'exécution, qui éteint l'une, laisse subsister l'autre. En droit français, il y a deux obligations toujours corrélatives, l'extinction de l'une entraîne nécessairement l'extinction de l'autre.

267. 3° *Perte par faute du maître ou vice de la matière.* — Le troisième cas de perte prévu est celui de la perte par faute du maître ou par vice de la matière.

Dans ce cas, l'ouvrier non-seulement n'est tenu à aucune restitution, mais encore a droit de réclamer le salaire promis. C'est toujours l'application de l'article 1382, chacun doit supporter les conséquences

de sa faute. Le vice de la matière est assimilé à la faute du maître, parce qu'il a dû connaître ce vice, sinon il est coupable de négligence. Cependant il est possible qu'il en soit autrement et qu'il rentre dans le métier de l'ouvrier de le connaître et de l'indiquer avant l'exécution du travail; par exemple, s'il s'agit d'une pierre précieuse, et qu'une mauvaise veine la fasse éclater lors de la taille. — Le retard constitue une véritable faute, et dès lors la mise en demeure du maître décharge l'ouvrier de sa responsabilité, si la perte a lieu par cas fortuit.

268. *Preuve des faits.* — Dans tous les cas que nous venons d'examiner, c'est toujours à l'ouvrier à faire la preuve du cas fortuit, du vice de la matière ou de la faute du maître; cela est indubitable, puisqu'aux termes de l'art. 1315, 2e alinéa, le débiteur est tenu de prouver la cause de sa libération.

Nous avons dit plus haut que si la matière est fournie en partie par le maître et en partie par l'ouvrier, il y a encore louage. On s'est demandé quelles seraient alors les règles de responsabilité [1]? Elles sont bien simples, il suffit de combiner ensemble l'art. 1788 avec les art. 1789 et 1790. Si la chose périt par cas fortuit, il n'y a lieu à aucune indemnité de part ni d'autre, ni au payement d'aucun prix. Si elle périt par vice de la matière de l'une des parties, celle-ci est réputée en faute, et doit supporter toute la perte; dès lors, si c'est par vice de la matière de l'ouvrier, l'ouvrier sera tenu de restituer au maître la valeur de sa matière; dans le cas inverse, le maître est tenu de payer le prix convenu à l'ouvrier et de lui rembourser, en outre, le montant de ses matériaux.

[1] M. Demante, prog. III, n° 488.

269. *Quand cesse la responsabilité de l'ouvrier?* — La responsabilité de l'ouvrier ne saurait durer toujours; elle doit avoir un terme, et cela pour deux motifs, d'abord pour assurer sa tranquillité contre des réclamations sans cesse menaçantes, ensuite pour éviter des procès difficiles, où la vérité resterait souvent obscure, s'il fallait remonter trop loin pour la chercher.

Quant à la fixation du terme, il faut distinguer s'il s'agit d'édifices ou de travaux autres que des constructions.

Cas où il s'agit d'un travail autre qu'une construction. — Comme le disait très-bien M. Bérenger au Conseil d'État, dans la séance du 14 nivôse an XII [1]... « On peut facilement vérifier si un meuble est conditionné comme il doit l'être; ainsi, *dès qu'il est reçu*, il est juste que l'ouvrier soit déchargé de toute responsabilité. »

C'est cette doctrine que consacrent les art. 1790 et 1791. L'ouvrage une fois examiné et approuvé, la responsabilité de l'ouvrier est éteinte. Il en serait autrement s'il y avait vente; même après la réception de l'objet fabriqué, le vendeur serait tenu de la garantie des vices cachés (art. 1641).

Mais quand le maître peut-il être mis en demeure de vérifier et de recevoir l'ouvrage? Si le marché a été fait en bloc, cette mise en demeure ne peut avoir lieu qu'après l'entier achèvement du travail promis. Que si le marché a été fait à la pièce ou à la mesure, elle peut avoir lieu d'une manière partielle, en proportion de la confection elle-même, et alors le payement du

[1] V. Locré, t. XIV, p. 362, n° 17.

prix fait supposer la réception de la quantité d'ouvrage qui y correspond (art. 1791).

270. *Cas où il s'agit de constructions.* — Quand il s'agit de constructions, les règles ordinaires deviennent inapplicables. Un édifice « peut avoir toutes les apparences de la solidité, et cependant être affecté de vices cachés qui le fassent tomber après un laps de temps [1]. »

De là, l'art. 1792 ainsi conçu :

« Si l'édifice, construit à prix fait périt en tout ou en partie par le vice de la construction, même par le vice du sol, les architectes et entrepreneurs en sont responsables *pendant dix ans.* »

L'architecte est responsable du vice du sol, parce qu'il rentre dans son métier de le connaître, et qu'il est de son devoir de ne pas construire sur un sol mauvais. Par la même raison, cette responsabilité subsisterait si le vice du sol avait été signalé au propriétaire ; c'est là une disposition d'ordre public aussi bien que d'intérêt privé. Cela résulte clairement des discussions au Conseil d'État. En effet, l'article du projet contenait cette phrase... « A moins qu'il ne prouve avoir fait au maître les représentations convenables pour le dissuader d'y bâtir. » Cette phrase fut écartée sur la demande des Cours de Nancy et de Lyon (demande soutenue par MM. Réal, Tronchet et Bigot Préameneu). Pourquoi ? parce que l'architecte ne doit pas suivre les caprices d'un « propriétaire assez insensé pour compromettre sa sûreté personnelle en même temps que la sûreté publique. » Il n'y a donc pas de doute possible sur ce point [2].

[1] Paroles de M. Bérenger, prononcées au Conseil d'État, dans la séance du 14 nivôse an XII. V. Locré, t. XIV, p. 362, n° 17.

[2] Même solution pour le cas où le propriétaire aurait approuvé un

271. L'art. 1792 s'applique-t-il à toute espèce de constructions? Non, l'article lui-même ne parle que d'un *édifice*, ce qui suppose une construction neuve. L'art. 2270, qui s'occupe aussi de la responsabilité de l'architecte, ne parle que des *gros ouvrages*. Donc quand il s'agit de menus ouvrages, de réparations ordinaires, on reste sous l'empire du droit commun; l'architecte est déchargé par la réception [1].

272. Nous venons de voir les cas dans lesquels l'architecte est responsable; mais à qui doit incomber le fardeau de la preuve? Est-ce au propriétaire à établir le vice de construction ou le vice du sol? Est-ce à l'architecte à prouver le cas fortuit? Les auteurs sont divisés sur cette question [2]. D'après les principes généraux sur la garantie, la preuve devrait incomber au propriétaire; la garantie est une obligation nouvelle qui surgit *ex post facto*, c'est à celui qui l'invoque à l'établir. Mais ici en est-il de même? Nous ne le pensons pas : ce n'est pas là une garantie ordinaire, car la garantie est perpétuelle de sa nature, et celle-ci est limitée; c'est l'obligation de livrer la chose en bon

plan vicieux. *Sic* Cass., 11 mars 1839 (39, 1, 180); Bourges, 13 août 1842 (42, 2, 73); Cass., 19 mai 1851 (51, 1, 393); Bastia, 7 mars 1854 (54, 2, 165); Zachariæ (III, § 374, p. 48); Marcadé (art. 1792, 1); MM. Frémy-Ligneville (*Lég. des bâtiments*, I, n° 94); Duvergier, II, 351; Troplong, III, n° 995. *Contra* MM. Duranton (XVII, n° 255); Taulier (VI, p. 316-317).

[1] *Contra* Paris, 2 juillet 1828; M. Troplong (*Louage*, III, n° 1000). *Sic* Cass., 19 mai 1851 (51, 1, 393). Cet arrêt applique, comme nous, l'article 1792, à toute construction de *gros ouvrages*. « Attendu que les entrepreneurs et architectes sont responsables pendant dix ans des vices de construction... Que cette garantie a lieu à raison de *tous gros ouvrages*, sans qu'il y ait à distinguer entre des constructions de maisons ou édifices analogues et des constructions de nature différente. » Il s'agissait dans l'espèce d'un *barrage*.

[2] V. *Contre* l'architecte : MM. Marcadé (1792, II); Devilleneuve (35, 1, 174 en note). *Pour* : MM. Troplong (III, n° 1005); Duvergier (II, n° 356).

état qui se perpétue au delà du fait de la livraison, parce que la livraison ne saurait être accompagnée d'une réception véritable, un examen momentané ne pouvant suffire pour apercevoir les vices de la chose. La réception ici n'est censée faite qu'après le laps de dix ans écoulés. Cette pensée apparaît d'une manière évidente dans toute la discussion au Conseil d'État, et surtout dans les paroles de M. Bérenger, que nous avons citées plus haut, et qui mettent en parallèle d'un côté la réception pour les meubles, de l'autre le délai de dix ans pour les immeubles. L'architecte, durant tout le délai, est dans la situation de l'ouvrier dont l'ouvrage n'a pas encore été reçu; si l'ouvrage périt ou se détériore, c'est à lui à prouver qu'il n'est pas en faute; il se trouve soumis à l'art. 1315, aux termes duquel le fardeau de la preuve incombe au débiteur qui invoque une cause de libération.

273. *Comment se prescrit l'action en garantie?* — La nature de la responsabilité de l'architecte une fois bien comprise, nous arrivons à l'examen des difficultés qui s'élèvent pour le calcul du délai.

Et d'abord, à partir de quel moment courent les dix années? Ces dix années, nous l'avons vu, sont une espèce de temps d'épreuve pour l'édifice; il est donc naturel de les faire courir du jour de l'achèvement des travaux; mais en fait le point de départ sera plutôt le jour de la vérification, parce que cette vérification seule fixera d'ordinaire la date de l'achèvement définitif.

Maintenant, voyons au juste pendant combien de temps l'architecte restera exposé aux poursuites du propriétaire. Cette question est une des plus importantes et des plus controversées de toute notre matière.

Il est certain que si l'édifice périt *après* l'expiration des dix années, l'architecte n'est plus responsable; il faut que le vice se manifeste pendant le délai indiqué; là-dessus tout le monde est d'accord. Mais supposons que la perte a eu lieu *avant* l'expiration des dix ans; combien durera l'action du propriétaire contre l'architecte? Ici commencent les controverses; trois systèmes se sont présentés :

274. Le premier décide que l'action durera trente ans, c'est la prescription de droit commun (art. 2262); l'art. 1792 n'y fait point obstacle, pas même l'art. 2270, tous deux indiquent non la durée de l'action en garantie, mais le délai pendant lequel cette action pourra naître.

« Après dix ans (dit l'art. 2270), les architectes et les entrepreneurs sont déchargés de la garantie. .; » il ne dit point « déchargés de l'action en garantie [1]. »

D'après le second système, les art. 1792 et 2270 ont chacun un but différent; le premier fixe la durée du délai de garantie, l'autre détermine la durée de l'action; la place même de ces articles sembler indiquer cette solution. Ainsi, l'action du propriétaire durera dix ans, à compter du jour de la perte [2].

Enfin, dans le troisième système, les deux art. 1792 et 2270 ont eu le même but, déterminer l'époque à laquelle l'architecte se trouve à l'abri de toute poursuite. Le délai de l'action une fois née et le délai pendant lequel l'action pourra naître se confondent; de telle sorte que si l'édifice vient à périr après neuf ans, à dater de la vérification, le propriétaire n'a plus

[1] *Sic* Zachariæ (III, p. 47); Marcadé (art. 1792, I); MM. Duranton (XVII, n° 255); Troplong (III, 1007-1011); Taulier (VI, p. 317-318).
[2] *Sic* M. Duvergier (II, n° 360).

qu'un an pour agir. Ce dernier système, adopté par la Cour de Paris[1], n'a encore été suivi que par un petit nombre d'auteurs[2]. Les jurisconsultes modernes paraissent même le traiter avec un certain mépris; MM. Troplong et Marcadé, entre autres, le considèrent comme absurde et ridicule; ils semblent n'avoir pas assez de sarcasmes pour l'accabler. Il vaudrait mieux l'attaquer avec des arguments sérieux et solides. Quant à nous, voici les motifs par lesquels nous nous décidons à le soutenir.

275. Ces motifs, nous les puisons d'abord dans l'historique des art. 1792 et 2270; leur origine remonte à la loi 8 au Code, *De operibus publicis*, ainsi conçue: *Omnes quibus vel cura mandata fuerit operum publicorum, vel pecunia ad extructionem solito more credita, usque ad annos XV, ab opere perfecto, cum suis heredibus teneantur* obnoxii; *ita ut si quid vitii iu ædificatione intra præstitutum tempus perveuerit, de eorum patrimouio (exceptis tamen his casibus qui sunt fortuiti) reformetur.*

Cette loi, que M. Troplong considère comme tranchant la question dans le sens de la prescription trentenaire, nous paraît tout aussi obscure que le texte même de nos articles: *usque ad annos XV... teneautur obnoxii*, veut dire que les architectes seront tenus, seront soumis aux poursuites de l'État pendant quinze ans; donc après le délai de quinze ans ils sont libérés, et rien n'indique que cette libération ne soit pas absolue. C'est ainsi qu'on l'interprétait dans notre ancien

[1] Paris, 15 novembre 1836 (37, 2, 257); *Ibid.*, 17 février 1853 (53, 2, 157).

[2] MM. Devilleneuve, note sur l'arrêt de 1836; Delsol (Code Nap. expliqué, vol. III, p. 237). Il est enseigné, à l'École, par M. Valette.

droit, et telle était la jurisprudence du Châtelet, qui avait réduit le délai de quinze à dix [1]. Les rédacteurs du Code ont-ils eu l'intention d'innover? Non, car nous n'en trouvons aucune trace dans les travaux préparatoires. Au contraire, M. Bigot Préameneu présente l'article 2270 comme la consécration du *droit commun*, et de suite il ajoute ; « Il est *encore des prescriptions qui sont particulières au droit français*, et dont l'usage a fait sentir la nécessité [2]... » Il est clair que, par droit commun, il entend notre ancien droit français; mais la pensée du législateur apparaît d'une manière encore plus évidente, si on se reporte à la discussion de l'art. 1792 [3]. Le délai de dix ans y est toujours considéré comme tenant lieu de la réception de l'ouvrage; or, après la réception de l'ouvrage aucune poursuite ne peut plus être intentée contre l'ouvrier, même pour faits antérieurs à la réception. Il y a plus, M. Bérenger, expliquant et défendant notre article, disait en propres termes : « Si l'*action* contre l'architecte n'a pas une durée trop longue, le bâtiment ne pourra périr sans qu'il soit évident que sa chute a pour cause un vice de construction [4]. » C'est après ces

[1] V. Ferrière sur l'art. 127 de la *Coutume de Paris*. Brodeau, sur le même article de ladite *Coutume*, s'exprime ainsi au n° 4 :

« Comme l'action des massons, charpentiers et autres ouvrlers se prescript par un an, à compter du jour du bastiment et ouvrage parachevé, aussi l'*action* que le bourgeois a contre eux pour les vices et malfaçons tombe dans la prescription ; elle est de quinze ans pour les gros murs, par la disposition de droict en la loy, *omnes C. de op. de publicis*; la pratique du Chastelet est de dix ans pour les murs et gros ouvrages... Après lequel temps *l'on n'est plus recevable*, et il n'y a plus de recours ni de garantie. »

[2] Exposé des motifs au Corps législatif le 17 ventôse an VII (V. Locré, XVI, p. 580).

[3] Locré, XIV, p. 362 et suiv.

[4] Locré, XIV, p. 365, *in fine*.

paroles de M. Bérenger que l'article est adopté; elles ont donc le plus grand poids dans le débat. Or il en résulte que c'était bien la durée de l'*action*, et non pas seulement le délai pendant lequel elle peut naître, qu'on voulait limiter.

276. Et, d'ailleurs, n'est-ce pas là aussi ce que la justice demandait? Une présomption de faute pèse contre l'architecte; mais cette présomption, comme toute autre, peut céder devant la preuve du contraire. Eh bien! comment voulez-vous que l'architecte apporte cette preuve, lorsque vous venez le poursuivre trente ans après la chute de l'édifice, quarante peut-être après l'achèvement des travaux? Quelle incertitude dans les recherches! quelle obscurité dans les éléments d'appréciation! Et remarquez ici qu'il y a deux faits à examiner : 1° l'état des travaux au moment de la vérification; 2° l'état de l'édifice au moment de la ruine, et les circonstances de la ruine elle-même; à mesure que vous vous éloignez de l'un d'eux, cette évidence, dont parlait M. Bérenger, diminue et finit par disparaître.

Dans le système que nous défendons, le *motif* de la loi est sensible pour tout le monde : empêcher des procès d'une issue douteuse et d'une interminable longueur; l'intérêt de l'architecte et celui du propriétaire sont également satisfaits.

En est-il de même dans les deux systèmes qu'on nous oppose? La garantie est perpétuelle de sa nature; pourquoi le législateur a-t-il voulu ici la restreindre? Est-ce qu'après le laps de dix ans, il ne pourra pas arriver en fait que l'édifice s'écroule par vice de construction? Ce serait une chose assez plaisante que de limiter ainsi à dix ans la durée d'une maison, et cela

sans nécessité aucune ; car nos adversaires admettent que les faits pourront être aussi bien établis après quarante ans qu'après dix ans ; dès lors, je le leur demande à eux-mêmes, à quoi bon cette limitation, cette dérogation au droit commun ? C'est ce qu'ils se gardent bien d'expliquer.

277. Après avoir essayé de montrer que le système de la Cour de Paris se trouvait conforme à notre ancienne jurisprudence, d'accord avec les documents que nous fournissent les travaux préparatoires du Code, et enfin en harmonie avec le véritable motif, l'unique motif de la loi, il nous reste à réfuter les objections de ceux qui le repoussent dédaigneusement.

Ils en présentent deux qui sont spécieuses au premier abord. Ils commencent par nous opposer l'article 2257. « La prescription ne court point, à l'égard d'une créance qui dépend d'une condition, jusqu'à ce que la condition arrive, *à l'égard d'une action en garantie, jusqu'à ce que l'éviction ait lieu.* » — A cela nous répondons que l'art. 2257 contient une règle générale, mais qui souffre des exceptions ; ainsi, par exemple, quand il s'agit de la garantie pour vices rédhibitoires (art. 1648), l'action doit être intentée dans un bref délai, et ce bref délai court non pas du moment où l'on a eu connaissance du vice, mais bien du moment de la vente.

Cette dérogation à l'art. 2257 n'est pas plus évitée dans le système de nos adversaires que dans le nôtre ; car la conséquence logique de cet article, c'est que la garantie est perpétuelle ; or, ici elle est nécessairement limitée. La seule différence entre leur système et le nôtre, c'est que, dans notre opinion, la durée de la prescription de l'action est, en quelque sorte, élastique ;

elle diminue à mesure qu'on s'éloigne du jour de l'achèvement des travaux. — Du reste, comme nous l'avons déjà dit, cette garantie ne doit pas être confondue avec la garantie ordinaire, c'est plutôt la continuation de la responsabilité de l'architecte prolongée au delà de la réception des travaux; la garantie véritable n'est pas de la nature du louage.

278. La seconde objection est tirée de ce que notre prescription a de mobile. Quelle chose étrange! dit-on; si l'édifice périt dans la première année de sa construction, le propriétaire a neuf ans pour agir; si l'édifice périt dans la neuvième année, il ne lui reste plus qu'un an; s'il périt le dernier jour de la dixième année, son action sera prescrite en quelques heures, et deviendra vraiment illusoire. Il est impossible d'admettre un pareil résultat.

Je pourrais répondre que cette mobilité se retrouve dans le système de nos adversaires, sous une autre forme, l'architecte pouvant être poursuivi, tantôt au bout de trente ans ou de dix ans, tantôt au bout de quarante ans ou de vingt ans; je préfère expliquer cette prétendue bizarrerie, moins étonnante qu'elle ne le paraît. La durée de l'action diminue à mesure que l'événement dont elle est née s'éloigne du jour de l'achèvement des travaux; et pourquoi? parce qu'alors la présomption de faute contre l'architecte diminue elle-même et s'efface; plus cette présomption est faible, plus l'examen des faits doit être minutieux, et plus il importe que cet examen ait lieu aussitôt après l'événement. Quant à la position du propriétaire qui voit l'édifice s'écrouler le dernier jour des dix ans, j'avoue qu'elle m'inspire très-peu d'intérêt : quelques heures, dites-vous, lui manquent pour agir;

l'architecte est dans une situation identique, quelques heures lui manquent pour être à l'abri de toute poursuite. Ces situations étranges (assez rares, du reste) sont le résultat nécessaire de tout délai fatal et invariablement fixé.

279. Quant aux textes, c'est leur obscurité même qui a soulevé la difficulté; mais ils me paraissent plutôt favorables que contraires à notre opinion. Car, enfin, ils ne font aucune distinction entre la durée de l'action et la durée du délai pendant lequel elle peut naître; et quand l'art. 2270 dit : « ... *sont déchargés de la garantie...,* » il n'indique point s'il s'agit de la garantie à encourir ou de la garantie déjà encourue; il semble bien les confondre toutes deux dans une même disposition, et assurer à l'architecte une sécurité complète.

Nous admettrons donc que l'architecte, après le délai de dix ans, à partir de la vérification des travaux ou de leur achèvement, est dans la même position que l'ouvrier après la réception de l'ouvrage; il est à l'abri de toute poursuite quant à ce qui touche sa responsabilité.

§ 2. — Payement du prix.

280. Il peut paraître singulier qu'on ait cru devoir établir des règles spéciales pour le payement du prix en cette matière. En effet, le prix a été fixé à l'avance; une fois les travaux exécutés et vérifiés, il doit être payé tel qu'il a été convenu. Voici d'où provient cette apparente anomalie. Les architectes ont un merveilleux talent pour vous entraîner dans des dépenses exorbitantes; afin d'obtenir un gain plus considéra-

ble, ils allèguent des changements dans le plan, des additions ou même des augmentations dans le prix de la main-d'œuvre ou des matériaux; une fois les constructions commencées, le propriétaire cède facilement à ces exigences et se laisse aller plus loin qu'il ne l'avait prévu. C'est cet abus qu'a voulu réprimer l'art. 1793[1]. Aucune augmentation de prix ne peut être réclamée, sous aucun prétexte, à moins que les changements ou augmentations n'aient été autorisés *par écrit* [2] et le prix convenu. L'écrit n'est pas exigé pour la fixation du prix; on a pensé qu'il suffisait de l'exiger pour l'autorisation, afin d'assurer au propriétaire le temps de réfléchir mûrement.

§ 3. — Résolution du contrat.

281. Deux cas de résolution :

1° Résolution par la volonté du maître.

En ce cas, il doit payer à l'ouvrier non-seulement ses impenses, mais encore tout le bénéfice qu'il aurait pu recueillir de l'entreprise (art. 1794).

2° Résolution par la mort de l'ouvrier.

Dans ce cas, le maître n'est tenu de rembourser aux héritiers de l'ouvrier que le prix des travaux accomplis et des matériaux préparés, — et encore seulement lorsque ces travaux ou matériaux peuvent lui être utiles, — c'est-à-dire s'ils peuvent servir pour la continuation de l'édifice, d'après le plan projeté entre les parties (art. 1795).

Cette résolution découle de ce principe, que le

[1] Discussion au Conseil d'État, et Exposé des motifs; Locré, XIV, p. 366 et 462.

[2] En pratique, ces sortes d'écrits s'appellent *attachements*.

louage d'industrie est fait *intuitu personæ*, en considération du talent personnel de l'ouvrier ou entrepreneur.

Elle est inapplicable au cas où l'architecte construit sur son propre terrain; car alors, nous l'avons vu (nos 260-262), il y a vente et non louage. Néanmoins, comme la vente est conditionnelle, si, *en fait*, il y avait eu considération de la personne, on pourrait considérer la condition comme inaccomplie par suite de la mort du vendeur.

§ 4. — Action des ouvriers de l'entrepreneur contre celui qui a commandé l'ouvrage.

282. Les ouvriers de l'entrepreneur ont action contre celui, pour lequel les ouvrages ont été faits, jusqu'à concurrence de ce dont il se trouve débiteur envers l'entrepreneur, au moment où leur action est intentée (art. 1798).

Cette action est évidemment directe; l'art. 1798, interprété dans un autre sens, serait une inutilité, et, de plus, une naïveté; car il ne pouvait y avoir de doute sur ce point que les ouvriers agissant, en vertu de l'art. 1166, au nom de leur débiteur, ne devaient rien réclamer au delà de ce dont il était lui-même créancier. C'est un droit de préférence qu'on leur accorde sur la valeur créée par leur travail [1].

283. L'entrepreneur peut-il, par une *cession* de sa créance contre le propriétaire, faire obstacle à l'action directe des ouvriers?

[1] *Sic* Marcadé (art. 1798); MM. Duvergier (n° 381); Troplong (n° 1018). *Contra* Delvincourt (III, p. 207). En pratique, l'interprétation que nous soutenons est aujourd'hui hors de controverse.

Pour soutenir l'efficacité de la cession, on insiste sur ces mots de l'art. 1798 : « jusqu'à concurrence de ce dont il se trouve débiteur *envers l'entrepreneur.* » La cession a opéré novation (art. 1271, 3°); le propriétaire n'est donc plus débiteur envers l'entrepreneur, il est débiteur envers le cessionnaire; dès lors, se trouvent écartées les circonstances prévues par l'article 1798, et l'on rentre sous l'empire du droit commun [1].

L'argument est spécieux, mais il pèche par sa base. Sans doute, il y a eu cession, et par suite novation; mais quelle est la chose cédée? Le droit du cédant; or, ce droit était celui de se faire payer par le propriétaire, *sauf opposition des ouvriers.* La créance de l'entrepreneur était conditionnelle; elle passe entre les mains du cessionnaire, subordonnée à la même condition. Le transport change la personne du créancier, il ne change pas la nature de la créance. L'action des ouvriers subsiste, tant que la créance n'a pas été éteinte par le payement. Ajoutons que la solution contraire rendrait illusoire le droit qui résulte de l'article 1798; l'entrepreneur, par un simple transport, détournerait à son profit et à son gré les sommes destinées au salaire de ceux qu'il emploie [2].

Pour terminer, en ce qui concerne l'art. 1798, observons que la qualité de sous-entrepreneur ne détruit pas nécessairement la qualité d'ouvrier; l'art. 1798 est applicable, sans distinction, à tous ceux qui pren-

[1] *Sic* Marcadé (VI, art. 1798, II); M. Duranton (XVII, n° 262); Lyon, 21 janvier 1846 (Dev., 46, 2, 262); Rejet, Req. 18 janvier 1854 (54, 1, 441).

[2] *Sic* M. Frémy-Ligneville (*Législation des bâtiments*, t. I, n° 226); Montpellier, 24 décembre 1852 (53, 2, 686); Paris, 27 août 1853 (53, 2, 647).

nent part à la main-d'œuvre. Peu importe qu'ils aient sous leurs ordres d'autres ouvriers, et même qu'ils fournissent les matériaux [1].

§ 5. — Garanties du contrat.

284. Nous retrouvons dans le louage d'ouvrage, comme dans le louage de services, des garanties qui protégent la créance de l'ouvrier. Et d'abord, l'ouvrier a un *droit de rétention* sur les marchandises qu'il façonne; il ne peut les suivre après leur livraison, mais il les détient jusqu'à parfait payement de ce qui lui est dû [2]. Le droit de rétention est indivisible; il pèse, pour la totalité de la créance, sur chaque portion de la chose remise à l'ouvrier. Supposez une seule commande et plusieurs livraisons successives, le prix de ces diverses livraisons est garanti en entier par les marchandises non livrées [3].

285. La seconde garantie consiste dans un *privilége immobilier* (art. 2103, 4°), privilége accordé aux « architectes, entrepreneurs, maçons et autres ouvriers employés pour édifier, reconstruire ou réparer des bâtiments, canaux ou autres ouvrages quelconques »

On doit entendre, par « ouvrages quelconques » des ouvrages analogues, c'est-à-dire des travaux de construction. La preuve, c'est que, pour étendre le sens de ces mots à des travaux d'un autre genre, il a

[1] *Sic* Montpellier, 22 août 1850; *Ibid.*, 24 décembre 1852 (Dev., 53, 2, 686).

[2] *Sic* Rejet, Ch civ., 9 décembre 1840 (Dev., 41, 1, 33). V. sur le principe même du droit de rétention, M. Valette (*Traité des priviléges et des hypothèques, préliminaires*, n° 6).

[3] *Sic* Arrêt de rejet précité.

fallu des dispositions spéciales, telles que l'art. 23 de la loi du 16 septembre 1807, qui l'a étendu aux travaux de défrichement, et l'art. 20 de la loi du 21 avril 1810, qui l'a étendu aux travaux de recherche de mines.

Le privilége porte sur la plus-value existant à l'époque de l'aliénation de l'immeuble, et résultant des travaux qui y ont été faits. Il est soumis à la condition d'un double procès-verbal. Le premier, antérieur au commencement des travaux, constate l'état des lieux relativement aux ouvrages que le propriétaire déclare avoir dessein de faire. Le second a pour but de constater la réception ; il doit être fait dans les six mois au plus de la perfection des ouvrages. Tous deux sont dressés par un expert nommé d'office par le tribunal dans le ressort duquel les bâtiments sont situés. Ils servent à établir l'objet même du privilége, la plus-value qui résulte des constructions; et, en outre, à conserver le privilége, dont la date est celle de l'inscription du premier procès-verbal (art. 2110) [1].

286. Ainsi, le privilége de l'architecte primera tous les créanciers hypothécaires inscrits antérieurement audit procès-verbal; et, en cela, il se distingue d'une simple hypothèque légale, car l'hypothèque grève non-seulement l'immeuble, tel qu'il se comporte à l'époque de l'inscription, mais encore toutes les améliorations qui peuvent survenir dans la suite (art. 2133). Quant aux créanciers hypothécaires postérieurs au premier procès-verbal, ils seront primés *a fortiori*. Que si le procès-verbal n'est dressé qu'après le commencement des travaux, l'architecte se trouvera primé par tous les

[1] Ce double procès-verbal ne peut être remplacé par aucun équipollent. Cass., 11 juillet 1855 (*Droit*, 55, n° 163).

créanciers antérieurs, au moins pour les travaux déjà exécutés et constatés sur le procès-verbal. Ce résultat, qui est une conséquence logique des principes, nous paraît d'une évidence telle que nous ne pouvons concevoir comment les auteurs ont soulevé tant de controverses subtiles à ce propos. Le privilége devient alors une véritable hypothèque légale; mais l'architecte ne peut s'en plaindre, car il souffre de sa propre négligence.

Nous avons parcouru maintenant et étudié tous les principes fondamentaux du louage d'industrie et les questions principales que leur application fait naître; il nous reste à voir comment il se distingue du mandat et de la commission; c'est ce que nous réservons pour les titres II et III de notre matière.

TROISIÈME PARTIE.

TITRE II.

SOMMAIRE.

TROISIÈME PARTIE.

DROIT ACTUEL.

TITRE II.

Du Mandat.

CHAPITRE I.

DÉFINITION DU MANDAT ET SA NATURE.

287. *Définition donnée par l'art.* 1984. — Nous trouvons dans l'art. 1984 la définition suivante du mandat :

« Le mandat ou *procuration* est un acte par lequel une personne donne à une autre le *pouvoir* de faire quelque chose pour le mandant et *en son nom*. — Le *contrat* ne se forme que par *l'acceptation* du mandataire. »

288. Cette définition ne ressemble guère à celle que donnait Pothier dans l'ancien droit; elle en diffère, et par la forme et par le fond [1]. Les rédacteurs du Code ont abandonné leur guide habituel; ils ont innové, et ils l'ont fait d'une manière radicale; mais plus ils s'éloignaient des vieilles doctrines, plus il semble que les interprètes venus après eux aient voulu y retourner, comme à plaisir, et les défendre même après leur condamnation.

[1] V. la définition de Pothier, n° 140.

289. *Est-elle inexacte?* — Il s'est élevé contre notre article un tel concert d'attaques, qu'en vérité on ose à peine entreprendre de justifier le législateur [1]. Néanmoins c'est ce que nous essayerons de faire, dans la mesure de nos forces, parce que nous sommes convaincu que ces attaques n'ont aucun fondement solide.

Et d'abord, on a dit qu'il ne définissait pas le mandat, mais seulement la procuration. — Cela est vrai, si on s'arrête au premier alinéa; cela est faux, si on prend l'ensemble de l'article; car précisément le contrat de mandat se compose de deux actes, la procuration donnée au mandataire, et l'acceptation de cette procuration par celui-ci. Il n'y a rien là que de très-exact.

On a critiqué encore le mot « pouvoir; » il n'y a pas seulement pouvoir de faire quelque chose, il y a obligation. — Sans doute, mais cela n'existe qu'après l'acceptation; avant l'acceptation il y a un pouvoir offert, rien de plus; ensuite naît l'obligation. Ici encore la rédaction de l'article me paraît irréprochable.

290. Enfin, et cette dernière critique est la plus grave de toutes, soit en elle-même, soit par ses conséquences, on a soutenu qu'il fallait retrancher de l'article les mots « et en son nom. » Et pourquoi? On reconnaît que l'ancien principe romain, qui excluait la représentation de la personne, n'est plus en vigueur de nos jours; mais on prétend que cette représentation, quoique *possible*, n'est pas *nécessaire*, et l'on cite des cas de mandat, où le mandataire agit en son nom, par exemple, le contrat de commission, le contrat de command. — A cela, notre réponse est bien simple; c'est que, dans les cas cités, il y a un con-

[1] V. surtout M. Troplong (*Du Mandat*, nos 8 et 9; *Du Louage*, n° 810.)

trat *sui generis*, qui se distingue très-bien du mandat, non-seulement par l'absence de représentation, mais encore par d'autres traits caractéristiques. Ainsi la commission est un contrat qui a pour objet une opération commerciale et non une opération civile, et qui, par suite, est soumis aux règles du droit commercial, non du droit civil. Le contrat de command a ceci de particulier que le nom de celui pour le compte duquel l'acte se fait demeure caché pendant un certain temps; mais il doit se révéler à l'expiration d'un certain délai (trois jours après l'adjudication; art. 707 C. pr. civ.). Au fond, du reste, on peut dire que le contrat de command rentre dans la définition de l'art. 1984, car le commandé n'agit pas en son nom propre, il agit *au nom* d'une personne qui reste inconnue jusqu'au moment où l'acte se consomme.

291. Mais, nous dira-t-on, n'admettez-vous pas, en dehors des matières commerciales et du contrat de command, que je puisse charger une personne d'acheter pour moi quelque chose, en son propre nom? cela n'a-t-il pas lieu sans cesse dans la pratique? Sans doute, je l'admets; cette convention n'ar ien d'illicite, mais je n'y vois pas un mandat, pas plus que je ne verrais une vente dans la convention qui consisterait à me promettre la possession libre et paisible d'une chose, moyennant un certain prix. La preuve qu'il n'y a pas là un mandat, c'est que les principaux articles relatifs au mandat sont évidemment inapplicables dans notre hypothèse; ainsi, l'art. 1990 relatif à la capacité, les art. 1997 et 1998 relatifs aux obligations envers les tiers, et bien d'autres. Cette convention est possible, mais elle constitue un contrat innommé, intermédiaire entre la commission et le mandat; ce n'est pas le

mandat, parce qu'il n'y a pas représentation de la personne; ce n'est pas la commission, parce que l'opération n'est point commerciale.

Ainsi, on nous oppose vainement la commission, le command et autres contrats *sui generis.*

Mais on insiste encore, et on ajoute que l'art. 1998 démontre l'absence possible de la représentation, puisqu'il impose au mandant l'obligation d'exécuter les engagements contractés par le mandataire. Cette obligation existe, en effet; seulement, on oublie qu'elle existe *vis-à-vis des tiers,* ce qui s'harmonise très-bien avec l'idée de la représentation; l'art. 1998 confirme l'art. 1984, loin de servir à le modifier.

292. *Est-elle incomplète?* — Après avoir accusé l'art. 1984 d'être inexact, on l'accuse d'être incomplet. Et cela est logique. En effet, le but d'une définition, c'est de donner les traits caractéristiques d'une chose, de telle sorte qu'on ne puisse plus la confondre avec une autre. Or, du moment que vous avez retranché de l'article ces mots, « et en son nom, » le mandat se réduit à l'obligation, pour le mandataire, de « *faire quelque chose* » pour le mandant; c'est précisément l'obligation que contracte celui qui loue ses services, et dès lors la définition doit être insuffisante, puisqu'elle ne distingue pas le mandat du louage d'ouvrage [1]. Pour la compléter, il faut ajouter, avec l'article 1986, « que le mandat est gratuit, s'il n'y a convention contraire; » et interpréter cet article dans

[1] V. nos 343, 438-439, la différence qui existe entre la Commission et le Louage d'ouvrage; cette différence est commune à tous ces contrats innommés dont nous avons parlé plus haut, et qui se rapprochent du mandat sans se confondre avec lui. On peut l'exprimer en un mot : l'objet du louage d'ouvrage est un *fait*, l'objet du mandat, de la commission et des contrats qui s'y rattachent, est un *acte juridique.*

le sens que même lorsque le mandat, par suite d'une convention, est salarié, ce salaire n'est pas un *prix* véritable, mais une *indemnité*, un *honoraire*. Là-dessus, on établit toute une théorie sur la différence entre le prix et l'honoraire, entre les services appréciables en argent et les services inappréciables, entre les professions libérales et illibérales, les travaux nobles et les travaux ignobles ou sordides.

293. *Différence essentielle entre le louage d'ouvrage et le mandat salarié.* — Nous arrivons à cette grande question, tant de fois agitée par les jurisconsultes : quelle différence y a-t-il entre le louage d'ouvrage et le mandat salarié [1] ?

Il ne s'agit pas ici de différences dans les *effets* du contrat, mais de différences dans les signes caractéristiques, dans les *éléments constitutifs* soit du louage, soit du mandat. Il s'agit, en un mot, de savoir reconnaître dans quel cas il y a louage, dans quel cas il y a mandat. Une fois la nature du contrat reconnue, les conséquences juridiques varient; mais nous examinerons plus tard ce dernier point [2]; il nous suffit maintenant de le constater, car nous constatons par cela même que la question a un intérêt pratique [3]. Du

[1] Quant à la différence entre le louage d'industrie et la commission, V. n°s 343 et 438.

[2] V. n°s 449-460.

[3] Notons tout de suite que cet intérêt pratique se manifeste principalement en ce qui concerne : 1° la solidarité (art. 2000, non applicable au louage d'industrie); 2° la renonciation (art. 2007), et enfin 3° la révocation (2004 comparé avec 1794). C'est surtout au point de vue de la solidarité que s'agitent de graves intérêts. Il s'agit de savoir, par exemple, si un notaire, qui ne représente pas les parties, a action solidaire contre tous les clients pour lesquels il instrumente. Ceux qui décident que le notaire, exerçant une profession libérale, est un mandataire, lui accordent la solidarité ; ceux qui ne voient dans les services rendus par le notaire qu'un louage d'industrie la lui refusent.

reste, il faut l'avouer, la véritable importance de la question n'est pas là; elle a une portée bien plus haute; elle touche aux problèmes les plus délicats et les plus élevés de la philosophie et de l'économie sociale; et elle y touche, non pas seulement d'une façon abstraite et métaphysique, mais de manière à mettre en jeu une des choses les plus chères au cœur de l'homme, l'amour-propre de sa profession, la dignité même de son travail.

294. *Premier système.* — Deux systèmes se sont présentés sur cette question. Le premier consiste à dire que la différence entre le louage d'ouvrage et le mandat se trouve dans la différence des faits qui en sont l'objet : les uns émanent de l'intelligence et du cœur; leur ensemble constitue ce qu'on appelle les professions libérales; ils ne sont pas susceptibles d'un *prix*, considéré comme équivalent du service rendu, mais ils peuvent être accompagnés d'une certaine récompense ou indemnité qui prend le nom d'*honoraires;* les autres émanent de la force physique seulement; leur ensemble constitue ce qu'on appelle les professions illibérales ou sordides; ils sont susceptibles d'un prix véritable, et donnent lieu à un certain lucre ou bénéfice. Dans la première catégorie, on range généralement les avocats, les médecins, les professeurs, les poëtes, les artistes. Dans la seconde, on place les ouvriers, les domestiques, etc., etc. S'il s'agit d'une profession libérale, il y a mandat. S'il s'agit d'une profession illibérale, il y a louage d'industrie [1].

[1] *Sic* Merlin, *Rép.*, v° Not., § 6, n° 4; MM. Troplong, *Louage*, n° 792 et suiv.; Champ. et Rigaud, *Traité des droits d'enregistrement*, t. II, n°s 1479 et suiv.; Demolombe, *Revue de lég.*, t. II de 1846, p. 445; Marcadé, art. 1779, II; Duranton, XVIII, 196.

295. *Second système.* — Le second système ne reconnaît aucune distinction entre les diverses professions qui exercent l'activité de l'homme; il les considère toutes comme égales, parce que toutes sont également utiles, et que de leur *concours* résultent l'ordre et le bien-être dans la société. Il puise dans le texte même du Code la distinction entre le louage de services et le mandat[1]. C'est ce système que nous allons essayer d'établir. La théorie qu'on lui oppose emprunte ses arguments à la triple source de la philosophie, de l'histoire et des textes. Nous suivrons nos adversaires sur ce terrain, et nous remonterons à la même source pour examiner et discuter leur doctrine.

296. *Point de vue philosophique.* — Ils disent, en premier lieu, que la distinction entre le prix et les honoraires, entre les professions libérales et les professions illibérales, est bonne et juste en soi. Ils vont si loin, qu'ils en font presque une des bases essentielles de la société; ils nous accusent, parce que nous la nions, d'être des matérialistes, de méconnaître les plus nobles instincts de l'homme ou de les confondre avec les instincts les plus grossiers; ils montrent ce qu'ils appellent *l'industrialisme* grandissant de jour en jour, envahissant tout pour tout avilir et tout corrompre; ils prétendent que notre système abaisse devant lui la dernière barrière qui lui reste à renverser[2].

Ces accusations sont graves; voyons si elles sont méritées. Sur quoi nos adversaires fondent-ils leur

[1] *Sic* Zachariæ, III, p. 34, et ses annotateurs; MM. Duvergier, II, 267 et suiv.; Taulier, VI, p. 284-297; Pont (article inséré dans la *Revue de droit français et étranger*, de Fœlix, t. V, année 1848, p. 46); Delsol, *Code Napoléon expliqué*, III, p. 311.

[2] V. M. Troplong, *Louage*, n° 807 et suiv.

distinction? Sur deux idées : 1° *différence entre les travaux manuels et les travaux intellectuels; 2° différence du mobile.*

297. Quant à la *première différence*, je pourrais, à la rigueur, la contester; je pourrais soutenir que les travaux les plus simples, les plus grossiers en apparence, exigent toujours un certain développement et une certaine application de l'intelligence ; je pourrais montrer réciproquement que les travaux qui paraissent les plus intellectuels supposent toujours une certaine action purement physique; qu'ainsi la différence est une différence du plus au moins, et non une différence absolue ; que dès lors il y aura une transition bien embarrassante, des cas où l'on se demandera quelle peut être au juste la part de l'intelligence et celle du travail physique, dans telle ou telle profession. Mais qu'importe? de ce qu'il y a deux sortes de services rendus par l'homme à l'homme, les uns qui émanent de l'intelligence, les autres qui émanent du corps, s'ensuit-il qu'ils doivent être soumis à des règles différentes *en droit?* s'ensuit-il que les uns soient susceptibles d'un *prix* et les autres d'*honoraires?* Non; la conclusion n'est pas logique. En quoi la nature du prix répugne-t-elle à la nature des travaux de l'intelligence? Le prix n'est autre chose que *le résultat de la balance entre l'offre et la demande;* c'est là, on peut le dire, un axiome d'économie politique. Plus un service est recherché, plus il est cher; plus il est offert, plus il est à bon marché : pourquoi en serait-il autrement quand il s'agit des professions libérales? Aucun motif sérieux n'apparaît; et ici les faits confirment la théorie; plus un médecin est savant, habile, heureux dans ses cures, plus il est rare, plus il est re-

cherché, et aussi plus il fait payer ses consultations et ses visites; il en est de même d'un avocat pour ses plaidoiries, d'un professeur pour les leçons qu'il donne[1]. Ce qui trompe nos adversaires, c'est qu'ils s'imaginent que le prix est l'*équivalent* du service rendu. Comment trouver, disent-ils, un équivalent digne d'être offert au médecin qui vous sauve la vie, à l'avocat qui vous sauve l'honneur? — Sans doute, cet équivalent est impossible à trouver; mais il en est de même pour le laboureur dont le travail vous permet de vivre, pour l'ouvrier qui vous vêtit, la nourrice qui allaite votre enfant, etc., etc. Considéré comme équivalent, le prix est une véritable chimère; et on peut le démontrer d'une façon en quelque sorte mathématique. En effet, le prix diffère *essentiellement* de la chose vendue ou louée; d'où il suit qu'il n'y a pas de commune mesure possible entre eux; et s'il n'y a pas de commune mesure, il est clair qu'il est impossible d'obtenir un équivalent. Le *résultat* du travail n'entre pas d'une manière directe dans l'estimation du prix; ce que l'on considère, c'est la plus ou moins grande difficulté d'obtenir le service rendu, le travail exécuté. Et cela est juste au fond; car cette difficulté résulte d'ordinaire de la difficulté du travail lui-même, et dès lors le prix se trouve proportionné à l'activité réelle de l'ouvrier, non aux conséquences plus ou moins lointaines de cette activité. Il suffit souvent du moindre effort pour sauver la vie à un homme, quand il faut un travail pénible et ardu pour lui rendre un service presque frivole. La meilleure preuve que les travaux intellectuels sont susceptibles d'un prix, c'est qu'ils sont susceptibles de *vente*. Qu'importe, qu'il

[1] Il faut supposer, bien entendu, qu'il n'est pas fonctionnaire public.

s'agisse du tableau, création sublime de l'artiste, ou des leçons par lesquelles il enseigne son art? Dans les deux cas, il s'agit d'un travail accompli et d'un travail qui peut se payer; le prix des leçons variera, comme le prix du tableau, selon que les beaux-arts seront plus ou moins goûtés, selon que l'artiste aura plus ou moins de mérite, plus ou moins de réputation, plus ou moins de rivaux. Qu'importe encore que la vente d'une œuvre artistique diffère sous *certains* points de vue de la vente d'une œuvre ordinaire? toujours est-il que toutes deux se confondent *au point de vue du prix*. Cela suffit pour démontrer que les œuvres intellectuelles sont appréciables en argent, comme les œuvres purement matérielles.

298. J'arrive maintenant à la *différence du mobile*. Les carrières illibérales, dit-on, n'ont d'autre mobile que le lucre; les carrières libérales ont pour mobiles le dévouement, l'amour de l'humanité, ou, tout au moins, le culte de l'art, de la science, de la religion, la passion de la gloire, tout ce qu'il y a de plus pur et de plus noble dans le cœur de l'homme. — Certes, personne n'admire et ne respecte plus que moi les professions dites libérales; leur existence seule est le témoignage d'une civilisation avancée, d'une civilisation où tous les besoins de l'homme, de quelque nature qu'ils soient, physiques ou moraux, cherchent et trouvent satisfaction. Mais mon admiration et mon respect ne sauraient aller au delà des limites de la vérité. Eh bien! je l'avoue, il m'est impossible de reconnaître que le dévouement soit le mobile de ces professions. Le dévouement est autre chose que le sentiment du devoir; le dévouement, c'est l'abnégation, c'est le sacrifice. Le dévouement ne stipule rien, ne demande

rien, pas même à la justice; il est en dehors et au-dessus du droit, car le droit a pour but de rendre à chacun ce qui lui appartient, *suum cuique tribuere*. Le principe du droit, c'est la réciprocité, c'est l'égalité (*æquum*); le principe du dévouement, c'est la préférence d'un autre à soi-même : ces deux principes sont incompatibles; le dernier est supérieur au premier, mais il l'exclut. Si donc il était vrai que les professions libérales eussent pour mobile le dévouement, elles monteraient dans la sphère de la philosophie et de la religion; elles ne seraient plus du domaine du jurisconsulte. Mais allons au fond des choses, et demandons-nous sincèrement, la main sur la conscience, s'il est vrai que le dévouement soit le mobile, l'esprit véritable de ces professions [1]. Quand un avocat fait une plaidoirie ou la prépare, quand un professeur médite ses savantes leçons, quand un médecin soigne et guérit un malade, quand un artiste enseigne son art, peut-on dire qu'il sacrifie sa vie, sa santé, son honneur, sa fortune, quelque chose, en un mot, des biens de ce monde? Non; il se livre à un travail pénible, sans doute, mais que facilite et inspire l'amour de la science ou l'amour de l'art, travail qui a ceci de consolant et de doux, que plus on s'y livre, plus on cultive son intelligence, plus on la développe et on l'agrandit. Maintenant, ce travail reste-t-il sans récompense? non; car il est rétribué, rétribué d'une manière beaucoup plus large que le travail manuel de l'ouvrier, et cela en proportion du talent ou de l'activité de la personne. Ajoutez encore la considération, les honneurs, en un mot, la position sociale; je le demande, où est

[1] *Sic* Troplong, n° 807, p. 32.

le sacrifice? Il est vrai (et je suis le premier à le proclamer) que ces carrières donnent souvent *occasion* à de grands exemples de dévouement: le médecin qui brave une maladie contagieuse pour la guérir; l'avocat dont la parole libre et intrépide défend un accusé au milieu de l'effervescence des passions, en dépit des menaces de la haine, et à son propre péril; le professeur qui enseigne la vérité méconnue, sans craindre la proscription, tous ces hommes de cœur se dévouent; mais alors ils s'inquiétent fort peu de savoir s'ils reçoivent des honoraires ou un prix; ils n'y songent même pas, et l'un ou l'autre les feraient également rougir. S'il faut prendre ces cas exceptionnels pour la règle générale, à ce compte il faut mettre toutes les professions sur le même pied; car toutes peuvent donner lieu à de grands actes de dévouement. L'industriel qui, au milieu d'une crise, expose sa fortune pour donner du pain à ses ouvriers; l'ouvrier lui-même qui, au moment d'une explosion, se précipite pour arrêter la terrible machine et préserver ainsi la vie des autres en exposant la sienne; le matelot qui, au milieu de la tempête, monte au haut des mâts pour sauver le navire du naufrage; le guide dont le courage et le sang-froid vous dirigent à travers les précipices des montagnes; le simple domestique, enfin, dont les veilles se passent à vous soigner, tous ils appartiennent à ces professions que, dans votre dédain aristocratique, vous appelez illibérales et sordides, et cependant ils se dévouent eux aussi; ils se dévouent avec un désintéressement d'autant plus pur, que leurs actes ne sont entourés d'aucun éclat, et qu'aucun retentissement ne les accompagne. Ainsi donc toutes les professions sont susceptibles d'inspirer le dévoue-

ment; mais aucune n'a le dévouement pour principe. Elles reposent toutes sur ce sentiment intime de l'homme, qui lui dit que toute peine mérite son salaire, que tout se compense dans la société, et qu'un service rendu en attire un autre; ce sentiment est à la fois pour nous un espoir et une règle de conduite; un espoir, parce qu'il nous montre la récompense au bout du but; une règle de conduite, parce qu'il nous apprend à nous rendre utiles à nos semblables.

L'équité, la réciprocité, voilà le principe véritable de toutes les professions. Le prêtre lui-même, dont la mission est un apostolat, se soumet à ce principe du jour où il demande un salaire; ce jour-là il ne s'abaisse pas, il ne s'avilit pas, comme on le prétend, il obéit aux nécessités de la nature humaine, à la loi fondamentale de l'organisation des sociétés : pourquoi donc venir déguiser sous le nom plus pompeux, mais bien moins exact d'*honoraires*, ce qui est un prix véritable de services fidèlement rendus?

299. Que si la différence de mobile ne saurait être invoquée pour soutenir la division des professions en libérales et illibérales, on ne saurait invoquer davantage le sentiment de reconnaissance que nous inspirent certains services. En effet, ce sentiment de reconnaissance suppose, de la part de celui qui rend le service, ou un certain dévouement, ou du moins une certaine constance de zèle, de soins et d'exactitude. Or, la seconde hypothèse peut se rencontrer comme la première, quelle que soit la nature de la profession de celui qui rend le service. L'ouvrier qui a travaillé pour vous longtemps de suite avec activité, avec probité, mérite aussi bien votre reconnaissance que l'avocat auquel vous avez confié votre cause.

Une certaine continuité dans les relations de la vie et dans l'échange de services mutuels nous dispose favorablement l'un pour l'autre, et si les services sont d'une part purement pécuniaires, de l'autre personnels, ils doivent exciter une reconnaissance plus vive chez celui qui a reçu ces derniers; mais ce sentiment de reconnaissance n'est l'attribut exclusif d'aucune profession; il est la récompense de tout homme qui sait faire aimer ses services (quels qu'ils soient) par la manière dont il les rend.

300. Ainsi, toutesles idées sur lesquelles on voudrait établir la différence entre le prix et les honoraires, entre les professions libérales et les professions illibérales, me paraissent également fausses. Au point de vue du jurisconsulte, toutes les professions sont *égales*, du moment qu'elles sont toutes *également utiles*. L'honneur n'est pas dans la profession elle-même, mais dans la manière dont on l'exerce [1]. Tel homme, qui loue ses services les plus humbles, est plus indépendant et plus noble que tel autre, qui se croit un mandataire, qui rougit de louer son travail, mais qui vend sa personne. Et à ce propos, qu'il me soit permis de protester contre une idée qui se retrouve souvent sous la plume de nos adversaires. Ils supposent sans cesse que le locateur d'ouvrage loue *sa personne*; cette idée est à la fois inexacte et immorale. Elle est inexacte, car le louage consiste à *louer ses services* et non sa *personne* [2]. Elle est immorale, car louer sa personne

[1] Bien entendu, nous ne parlons ici que des professions honnêtes : les autres, à vrai dire, ne sont pas des professions; si quelquefois elles sont tolérées par la police, elles ne sont jamais reconnues par la loi.

[2] Alors même que le domestique a loué ses services en général, il n'a pas loué tout son être, il ne s'est pas mis à la discrétion du locateur; il

pour un homme, ce serait trafiquer de sa conscience; pour une femme, ce serait se prostituer. Considérer le louage d'industrie sous un tel point de vue, c'est un blasphème juridique, et je ne conçois pas comment des jurisconsultes qui se posent comme les défenseurs du spiritualisme et de la morale ne s'en soient pas aperçus; quant à nous, nous n'avons pas besoin, pour soutenir notre système, d'en arriver à de pareilles conséquences.

301. *Point de vue historique.* — Nous venons de discuter la théorie de nos adversaires au point vue rationnel; voyons maintenant quelle est sa valeur au de point vue historique.

Il est incontestable, nous l'avons fait voir nous-même, que cette théorie était admise en droit romain et dans notre ancien droit français [1]. Là-dessus nos adversaires triomphent, et s'écrient: En présence de ce double fait historique, le silence du Code nous donne gain de cause; car ce silence confirme l'ancien état de choses; pour y déroger, il aurait fallu une disposition expresse. — Admettons, pour le moment, ce prétendu silence du Code. S'ensuit-il que nous devrons admettre les conclusions qu'on en tire?—Nullement. Les sociétés humaines participent de la nature même de l'homme; elles passent par des phases diverses, qui peu à peu les transforment et les améliorent. Depuis l'ancien droit romain jusqu'à nos jours, ces transformations ont été lentes, mais aussi elles ont été profondes et radicales; bien des principes, qui étaient en vigueur autrefois, sont devenus incompatibles avec le nouvel ordre de choses.

ne loue ses services que dans les limites tracées par la morale, par l'usage et par les nécessités hygiéniques.

[1] V. nos 35-37, 141.

La distinction entre les professions libérales et les professions sordides est un de ces principes. Et ce qui le prouve, c'est l'étymologie même des mots. Les professions libérales, ce sont les professions dignes des hommes libres; l'existence de professions sordides suppose donc des esclaves, car si tous les hommes sont *libres*, toutes les professions sont *libérales*. Que la distinction se soit continuée dans l'ancien droit, cela se conçoit, car alors le servage subsistait encore; il y avait encore des classes, des castes distinctes dans la société; des nobles d'un côté, des vilains de l'autre; les uns vivant par le fer, les autres par le travail; le salaire était considéré comme une chose honteuse: il était donc tout simple, il était même bon, dans l'intérêt de la civilisation, que la culture des arts et des sciences pût échapper à cette espèce de mépris sous le voile protecteur d'un mot heureux, précisément parce qu'il était vague et indécis; il était utile que le prix se cachât sous les honoraires.

302. Aujourd'hui, à quoi bon ces subterfuges, et pourquoi ces distinctions? La Révolution de 89 (dont les principes se trouvent confirmés, en fait, par la Constitution de 1852) a proclamé l'égalité civile de toutes les classes, l'égalité devant la loi; or, comment concilier cette égalité devant la loi avec une division légale de la société en deux catégories: l'une dont la vie tout entière (car le travail pour l'honnête homme, c'est la grande affaire de la vie) serait réputée ignoble et sordide; l'autre qui aurait, en quelque sorte, le monopole des instincts élevés et du désintéressement? Le législateur, sans être inconséquent, ne saurait adopter une pareille doctrine, et pour admettre une inconséquence du législateur, il faudrait du moins

qu'elle apparût d'une façon certaine et indubitable.

On nous oppose, il est vrai, les travaux préparatoires du Code, où il est dit qu'on a voulu conserver au mandat son « noble caractère de gratuité. » A cela nous pourrions répondre que ces paroles se trouvent non dans la discussion au Conseil d'État, mais dans les exposés de motifs [1]; elles indiquent plutôt une interprétation de la loi, qu'elles ne manifestent l'esprit du législateur. Mais il y a mieux, c'est que nulle part on ne parle des professions dites libérales opposées aux professions illibérales. Quand on présente le mandat salarié comme un acte désintéressé, on fait allusion au cas où un ami se charge, par hasard, d'une affaire, la soigne et reçoit pour ses soins une récompense [2], alors on appelle cette récompense une indemnité, et non un prix. Quand on fait allusion, non plus à un ami, mais à un mandataire de profession, on s'exprime d'une manière bien différente.

« La responsabilité des fautes qui ne tiennent point au dol personnel doit être moins rigoureusement appliquée au mandataire gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire, parce que le salaire, accepté par le mandataire, resserre de plus en plus les liens de son engagement, et qu'il est tout naturel d'exiger plus de diligence et d'attention d'un homme qui reçoit le *prix du service* qu'il s'oblige à rendre, que de celui dont le zèle est uniquement dirigé par le sentiment de la bienfaisance [3]. »

1 Procès-verbaux du Conseil d'État, séances des 5 pluviôse et 3 ventôse an XII. *Exposé de motifs* par M. Berlier, au Corps législatif, le 12 ventôse an XII. — Rapport au Tribunat, par M. Tarrible, le 16 ventôse an XII. — Discours de M. Bertrand de Greuille au Corps législatif, le 19 ventôse an XII (V. Locré, XV, p. 218-270).

2 V. Discours de M. Bertrand de Greuille (Locré, XV, p. 262).

3 Même discours (Locré, p. 265).



303. ***Point de vue des textes.*** — Nous avons raisonné jusqu'ici dans l'hypothèse du silence du législateur sur notre question. Nous voulions, dans un sujet aussi grave, ne négliger aucun des arguments de nos adversaires; mais ce silence nous paraît bien loin d'être établi.

Le Code, nous dit-on, n'a parlé, au chapitre du *Louage d'industrie*, que des domestiques et des ouvriers : donc il a entendu exclure les services de ceux qui se trouvent en dehors de ces deux catégories. — Mais le Code n'a pas parlé non plus dans ce chapitre du louage des apprentis, ni du louage des remplaçants militaires, ni du louage des matelots: s'ensuit-il que dans ces divers cas il n'y ait pas louage d'industrie?

L'argument ne prouve rien, parce qu'il prouve trop. Pour exclure ces professions, il aurait fallu une disposition expresse. Cette disposition eût été d'autant plus nécessaire, que les jurisconsultes anciens n'ont jamais été d'accord pour dresser la liste complète des professions dites libérales. Ainsi, Cujas n'y rangeait point les avocats [1]; Coquille faisait de même pour les procureurs *ad lites* [2]. Que dirai-je des clercs d'avoués, des clercs de notaire, des clercs d'huissier, des secrétaires, des bibliothécaires, etc., etc.? S'il paraît ridicule à nos adversaires d'assimiler un avocat à un ouvrier, quelque habile que soit ce dernier, il me semble tout aussi ridicule de lui assimiler le premier venu qui griffonne de la copie de pièces au fond d'une étude. Et cependant où s'arrêter? Où sera la limite quand la nature des choses ne la marque point, et que le législateur se tait?

[1] Cujas, *Comm. in lib. III, Resp. Pap. ad leg.* 7, *Mand.*

[2] Coquille, *Questions sur la Cout. de Nivernais*, quest. 197.

On nous cite encore l'art. 1986 : « Le mandat est gratuit, s'il y a convention contraire. » Qu'en conclure ? Que le mandat est un contrat désintéressé de sa nature ? Sans doute, mais lorsqu'il est salarié, il n'est plus dans le même cas. Et d'ailleurs, cela prouve-t-il que certaines professions soient nécessairement désintéressées ? L'art. 1986 me paraît, au contraire, tout à fait favorable à notre opinion ; car si le Code avait admis l'ancienne théorie des Romains, par une conséquence logique, il aurait déclaré en même temps que le mandat est *toujours et essentiellement* gratuit ; que l'honoraire n'est pas un obstacle à sa gratuité, parce que l'honoraire n'est pas un prix. Bien loin de là, il établit deux sortes de mandats : l'un qui est gratuit, l'autre qui n'est pas gratuit ; donc, si ce dernier n'est pas gratuit ou réputé tel, il est payé, il est salarié ; *salarié*, telle est l'expression propre de la loi (art. 1992, 1999), et quelle expression plus forte, plus énergique, voulez-vous donc ? Je trouve encore une confirmation de notre système dans le titre V du livre II du Code de commerce, où il s'agit des loyers des matelots et gens d'équipage. Certes, si on se place au point de vue de nos adversaires, quelle profession plus noble, plus libérale que celle de capitaine de navire ? En est-il un qui exige plus de dévouement, qui suppose plus d'intelligence ? Eh bien ! l'art. 272 déclare formellement que « toutes les dispositions concernant les *loyers*, pansement et rachat des matelots, sont communes aux *officiers* et à tous autres gens de l'équipage. »

Donc, le capitaine et les officiers sont mis sur le même pied que les matelots ; tous sont engagés à loyer, tous sont soumis aux règles du louage de services. Et enfin il reste comme dernière preuve, preuve acca-

blante et péremptoire, l'art. 1984, la définition *légale* du mandat. Nos adversaires ont si bien senti le poids de cette preuve qu'ils ont essayé, nous l'avons vu (nos 289 et suiv.), de condamner et de rejeter cet article; mais l'article subsiste en dépit de leurs efforts; et, je le demande, quand la loi nous a donné elle-même une définition, quand cette définition est une innovation[1], quand elle a un sens non pas seulement doctrinal, mais éminemment pratique, de quel droit vient-on en substituer une autre? De quel droit vient-on refaire les textes ou les torturer pour les interpréter à sa guise? Tout cela est arbitraire, tout cela est en opposition flagrante avec les devoirs les plus stricts du jurisconsulte, interprète, mais non créateur du droit positif.

304. Ainsi donc, et en résumé, les règles de l'économie politique, les principes qui président à notre organisation sociale, les documents historiques, les textes du Code et la disposition expresse de la loi se réunissent pour établir et consacrer notre système. — Nous avons insisté longuement sur cette question, parce qu'il s'agissait de détruire de vieux préjugés, parce qu'il s'agissait, en quelque sorte, de rendre l'honneur à des professions utiles, nécessaires même, qu'on affecte de dédaigner; parce qu'il s'agissait de combattre cette fatale tendance, conséquence d'une doctrine erronée, qui surexcite l'amour-propre de la jeunesse et la pousse (sans tenir compte de ses aptitudes et de ses goûts) dans les carrières qu'on lui montre comme seules dignes de ses efforts, et qui, en définitive, a créé une des plaies les plus dévorantes du siècle, la fonctiomanie.

[1] V. nos 140 et 228.

305. *Autres caractères du mandat.* — Le caractère distinctif du mandat, celui qui le définit et le constitue, en quelque sorte, c'est la *représentation*. Un avoué est un mandataire, car il pose des conclusions au nom de son client; un avocat ne l'est point, car il ne peut que développer et défendre ces conclusions.

Mais le mandat a encore d'autres caractères; nous les indiquerons en quelques mots.

En vertu de l'art. 1986, il est « gratuit, s'il n'y a convention contraire. » Il passe tour à tour des *contrats commutatifs* aux *contrats de bienfaisance* (art. 1104 et 1105). La gratuité n'est pas de l'essence, elle est de la nature du mandat; on la présume, quand la convention des parties est muette sur ce point.

Si aucun salaire n'a été stipulé, le contrat est *unilatéral* (art. 1103); en effet, il n'y a d'obligations, dès le principe, que du côté du mandataire; les obligations du mandant naissent seulement *ex post facto*.

Dans l'hypothèse inverse, faut-il dire que le contrat est *synallagmatique?* Je ne le pense pas. Nous verrons plus loin que « le mandant peut révoquer sa procuration quand bon lui semble (art. 2004). » Il n'est donc pas lié, ou, du moins, il n'est lié que sous une condition dépendant de sa volonté; le contrat peut être dissous à son gré. Ici encore, il n'y a pas, *dès le principe*, obligation réciproque. Il en résulte que le mandat peut être constaté par un seul écrit; il échappe à l'art. 1325, qui établit la nécessité des doubles [1].

[1] *Sic* MM. Duranton, XVIII, n° 217; Troplong, n° 105.

CHAPITRE II.

FORME DU MANDAT[1].

306. Nous avons vu que le mandat se décompose en deux actes : la procuration et l'acceptation.

La procuration peut être donnée par écrit ou verbalement; la preuve reste soumise à l'art. 1341 (article 1985, 1er al.). — L'acceptation peut n'être que tacite et résulter de l'exécution qui lui a été donnée par le mandataire (art. 1985, 2e al.). La réception de la lettre contenant la procuration ne suffirait pas, à mon avis, pour que le mandat fût parfait. Il est possible que le mandataire ne réponde point, précisément parce qu'il refuse; et votre offre ne peut lui imposer la charge de répondre, s'il n'en a pas le loisir. Tout dépend, du reste, des circonstances de fait[2]. Ainsi j'admettrais une exception lorsque le mandataire est de ceux qui doivent leurs offices à toute personne qui se présente, comme un avoué, par exemple; alors le silence équivaut à une acceptation, car le refus ne peut se produire que comme un fait extraordinaire et exceptionnel[3].

[1] On sait que le mandat peut être établi par une convention, ou par la loi, par exemple au cas de tutelle, ou par justice, par exemple en cas d'absence (art. 113). Nous le supposons ici établi par convention, comme fait le Code. Le mandat légal ou judiciaire est du reste soumis, en dehors du mode de formation, à toutes les règles du mandat conventionnel, sauf dérogation expresse de la loi.

[2] *Contra*, M. Troplong, n° 109.

[3] *Sic* Merlin, *Quest.*, v° Compte courant; MM. Troplong, nos 344 et suiv.; Del. et Lepoitvin, t. II, n° 27.

307. *La procuration peut-elle être tacite comme l'acceptation?* — Pour la négative [1], on invoque d'abord le texte de l'art. 1985; l'on fait remarquer l'opposition évidente entre le premier alinéa et le second; si l'on croyait utile d'exprimer que l'acceptation pouvait être tacite, ne l'était-il pas autant de l'exprimer pour la procuration? — A l'art. 1985 vient se joindre, pour le corroborer et l'expliquer, l'art. 1372; or, l'art. 1372 déclare d'une manière formelle qu'il y a gestion d'affaires, « soit que le propriétaire *connaisse* la gestion, soit qu'il l'ignore. » Donc, il n'y a pas de mandat tacite; car s'il était reconnu par la loi, il aurait précisément lieu dans le cas où le propriétaire connaît la gestion et ne s'y oppose pas.

Pour l'affirmative [2], on répond qu'il y aurait lieu de s'étonner grandement, si le Code s'était montré en cette matière plus rigoriste que le droit romain lui-même; le consentement peut s'exprimer de mille manières différentes; pourvu qu'il soit libre et réfléchi, qu'importe la forme? L'art. 1985 n'a eu d'autre but, comme il résulte des discussions au Conseil d'État [3], que de faire rentrer le mandat sous l'empire du droit commun, quant à ce qui concerne la forme, et, par suite, exclure la nécessité d'un écrit. Quant à l'article 1372, on l'interprète dans le sens qu'il se réfère seulement au cas où le propriétaire connaît la gestion, mais ne peut, par un obstacle quelconque, s'y oppo-

[1] *Sic* Toullier, t. XI, nos 25 et suiv.; Proudhon, *Usufruit*, III, no 1327; MM. Duranton, XVIII, no 218; Delamarre et Lepoitvin, I, nos 70 et suiv.

[2] *Sic* Delvincourt, III, p. 238; Zachariæ, III, § 411, note 2; MM. Troplong, nos 114 à 136; Demolombe, *Revue de lég.*, t. II de 1846, p. 443.

[3] Observations du Tribunat (Locré, XV, p. 226).

ser. On cite enfin, à l'appui de cette doctrine, l'art. 556 du Code de procédure, où l'on trouve un exemple de mandat tacite résultant de la remise de l'acte ou jugement à l'huissier. « La *remise* de l'acte ou du jugement à l'huissier *vaudra pouvoir* pour toutes exécutions, autres que la saisie immobilière et l'emprisonnement, pour lesquels il sera besoin d'un pouvoir spécial. »

308. Nous n'adoptons d'une manière absolue aucun de ces deux systèmes. Il nous paraît certain que les rédacteurs du Code ont voulu abolir le mandat tacite *tel qu'on le comprenait dans l'ancien droit*. Ils ont voulu abolir la règle romaine citée par Pothier (*Traité du mandat*, n° 28) : *Semper qui non prohibet aliquem pro se intervenire, mandare creditur* [1]; rien de moins, rien de plus. L'art. 1372 indique bien clairement leur pensée à cet égard : la distinction que l'on fait, dans le système de l'affirmative, entre le cas où le maître a pu s'opposer et le cas où il ne l'a pu est divinatoire; le texte ne peut même pas la faire soupçonner. M. Bertrand de Greuille, dans son rapport au Tribunat [2], traduit cette pensée d'une manière plus transparente encore, s'il est possible. « Le propriétaire de la chose (dit-il, à propos de l'art. 1372), s'*il ignore la gestion*, ne peut éclairer celui qui s'en est librement chargé; et s'*il vient à la connaître* et qu'il lui en *laisse* la direction, c'est par le sentiment honorable de la confiance qu'il lui inspire. » Suit-il de là que toute espèce de mandat tacite est aboli? Je ne le pense pas; les rédacteurs du Code ont craint les officieux qui, trop souvent, vous importunent de leurs offres pour intervenir dans vos affaires et les brouiller ; ils n'ont

[1] L. 60, D. *De regulis juris.*
[2] Locré, XIII, p. 37 (séance du 16 pluviôse an XII).

pas voulu que leur importunité pût leur tenir lieu de mandat. Entre *ordonner* une chose et *ne pas l'empêcher,* il y a une énorme différence; l'art. 1985 exige que la procuration soit un *ordre,* un *pouvoir donné,* d'accord en cela avec la définition de l'art. 1984. Que si l'ordre n'a pas eu lieu, il n'y a pas de mandat; il y a simple gestion d'affaires, même si la gestion s'accomplit au su et vu du propriétaire. En un mot, le Code exige dans la personne du mandant un rôle actif. Dans ce sens, le mandat tacite a été aboli. Mais il faut se garder d'aller plus loin, et de croire qu'on a voulu exiger, pour l'existence du mandat, des formes substantielles, la parole ou l'écriture; une pareille doctrine est contredite par l'esprit de notre droit français, qui tend à s'affranchir des rigueurs de la forme, par les travaux préparatoires du Code, qui nous montrent l'art. 1985 rédigé pour rentrer sous l'empire du droit commun (dont le projet primitif s'était écarté)[1], et enfin, par le texte même de l'article qui se réfère aux dispositions générales sur la preuve. Que l'ordre soit donné au moyen d'un geste, d'un signe, d'un fait quelconque émané du mandant, peu importe; l'essentiel, c'est que le mandataire ne s'immisce pas de lui-même dans les affaires; il ne suffit pas que le mandant ne s'oppose point à la gestion, il faut qu'il la commande et qu'il l'ordonne. L'art. 556 du Code de procédure est en harmonie parfaite avec notre système : l'acte a été remis à l'huissier; c'est un fait qui émane de la spontanéité de celui qui a fait la remise; ce fait est un ordre véritable d'instrumenter,

[1] Observations du Tribunat, du 10 pluviôse an XII (Locré, XV, p. 226).

car il ne s'expliquerait pas autrement; donc il vaut procuration [1].

Telle est la véritable distinction entre la nature du mandat et la nature de la gestion. Quant aux différences qui existent dans les effets, relativement au recours du gérant ou mandataire, et à ses obligations après la mort du maître ou du mandant, nous les montrerons plus loin (V. nos 321-326).

CHAPITRE III.

OBJET DU MANDAT.

309. L'objet du mandat est un fait à accomplir par le mandataire; mais ce n'est pas un fait quelconque.

Il doit d'abord être *possible*.

Il doit ensuite être *licite*, licite d'une manière absolue et aussi d'une manière relative; il n'est pas permis de faire indirectement, par intermédiaire, ce qu'on ne peut faire d'une manière directe et par soi-même. Ainsi le tuteur ne peut donner mandat d'acheter pour lui les biens du mineur (art. 450) [2].

Enfin, il doit consister dans un *acte juridique*. Cela résulte de la définition que nous avons donnée du

[1] V. pour les applications pratiques : aux commis-voyageurs, Augers, 12 août 1825; aux clercs de notaire, Rejet, 2 décembre 1824; à la femme mariée, Bordeaux, 29 mars 1838, et autres cas analogues.

[2] Cette règle se concilie très-bien avec la nécessité d'un mandataire dans certains cas, par exemple, pour les actes de procédure; mais alors ce n'est pas l'acte lui-même qui est défendu; ce qui est défendu, c'est de le faire sans un mandataire. Je m'étonne que cette apparente contradiction ait pu tromper M. Troplong (n° 35).

mandat d'après le texte de l'art. 1984. En effet, la représentation ne peut avoir lieu que s'il s'agit d'un acte juridique, d'un acte où la personne civile se trouve engagée. Je charge un commissionnaire de porterma malle à la diligence: c'est un fait licite et possible; ce n'est pas un acte juridique; il n'y a pas mandat, il y a louage d'industrie. Si je charge le même commissionnaire de retenir ma place à la diligence, en mon nom, il y a là un acte juridique, il y a mandat.

CHAPITRE IV.

SUJET DU MANDAT.

310. Le mandat a pour sujet, d'un côté le mandant, de l'autre le mandataire.

Le mandant doit être capable de faire ce dont il charge le mandataire. Cela est indubitable, et ici s'appliquent toutes les règles de droit commun sur la capacité. En l'absence de cette capacité, le mandat est nul; et si le mandant peut être poursuivi, soit par le mandataire, soit par les tiers, ce sera seulement pour le profit qu'il aura retiré de l'exécution.

311. Il n'en est pas de même du mandataire. S'il est incapable, il en résulte que le mandant ne pourra exercer aucune action contre lui, excepté pour les choses qu'il détient ou celles dont il a retiré profit; mais le mandant restera tenu envers lui et envers les tiers; l'incapable, qui ne peut contracter obligation en son nom, peut le faire au nom d'autrui. Nous ne parlons

ici que de l'incapacité introduite en faveur du mandataire, pour sa protection, non de celle qui a été établie contre lui comme punition, et par suite de son indignité. Ainsi, le condamné, en état d'interdiction légale, ne pourra pas plus ester en justice au nom d'une tierce personne qu'en son propre nom. De même, celui qui, par application de l'art. 42 du Code pénal 5°, se trouve privé du droit de vote dans les délibérations de famille, ne pourra représenter un membre du conseil, conformément à l'art. 412 du Code Nap.

Nous connaissons maintenant la définition du mandat, sa nature, ses caractères principaux, sa forme, son objet et la capacité qu'il exige. Nous allons passer aux effets qu'il produit, c'est-à-dire aux obligations qu'il engendre de part et d'autre [1].

CHAPITRE V.

DES OBLIGATIONS DU MANDATAIRE.

§ 1. — Obligations vis-à-vis le mandant.

312. *Première obligation. — Accomplir le mandat.* — La première obligation du mandataire, c'est *d'accomplir le mandat accepté.*

Pour mieux faire comprendre en quoi consiste, d'une manière précise, l'accomplissement du mandat,

[1] Nous ne parlons pas du *lien* ou de l'intérêt que le mandataire doit avoir ; nous ne pourrions que répéter ce que nous avons déjà dit en droit romain (n° 40).

nous procéderons par voie d'exclusion, et nous examinerons tous les cas où le mandat n'est pas accompli.

D'abord, il est certain que le mandataire ne doit pas exécuter *autre chose* que ce dont il est chargé, même quand il y aurait analogie ou ressemblance.

Ensuite, il ne doit pas dépasser les bornes de son mandat, aller *au delà* des limites fixées. Ici se présente la distinction entre le *mandat spécial* et le mandat général, ou plutôt le *mandat conçu en termes généraux* (art. 1987, 1988).

313. Le mandat est spécial lorsqu'il est donné pour une ou plusieurs affaires déterminées (art. 1987). — Dans cette hypothèse, le mandataire ne doit faire aucun acte autre que l'acte désigné, et ceux qui sont la conséquence naturelle, et en quelque sorte inévitable du premier (art. 1989). Le Code nous en donne un exemple; le mandat de transiger n'emporte point mandat de compromettre. Au contraire, le mandat de vendre entraînerait, en général, mandat de toucher le prix. Ce sont là des questions de fait et d'intention qui doivent être jugées d'après la teneur même de l'acte et les circonstances.

314. Le mandat général est celui qui est donné pour toutes les affaires du mandant ou pour un certain ensemble d'affaires, sans désignation de chaque affaire en particulier; il « n'embrasse que les actes d'administration (art. 1988). » Que doit-on entendre par *actes d'administration?*

On doit entendre tous les actes qui tendent à conserver et à faire valoir la fortune d'une personne, non à l'augmenter ou la diminuer.

1° Actes qui tendent à la conserver:

Rentrée des capitaux dus au mandant, et leur encaissement sous quittance [1];

Emprunts pour grosses réparations ou pour les nécessités du commerce confié au mandataire [2];

Actions mobilières et possessoires [3];

Saisies mobilières;

Ventes d'objets qui dépérissent par le temps.

2° Actes qui tendent à faire valoir les biens :

Perception des revenus de tout genre;

Vente des récoltes, des produits manufacturés, des marchandises, etc.;

Achat des ustensiles, instruments et autres choses nécessaires pour l'exécution du mandat;

Baux de trois, six ou neuf ans.

Au contraire, on peut ranger parmi les *actes de propriété :*

L'aliénation, en dehors des cas ci-dessus indiqués (art. 1988);

L'hypothèque (*ibid.*);

Les emprunts, pour toute autre cause qu'une cause de nécessité;

Les actions immobilières qui tendent à compromettre la propriété d'un immeuble;

Les saisies immobilières, dont les frais et les longueurs sont de telle nature qu'on ne saurait les ranger parmi les actes de simple administration;

Les transactions;

Les compromis;

Les cautionnements;

L'acceptation de successions, même sous bénéfice

[1] Bordeaux, 22 janvier 1827.
[2] Rejet, 15 février 1830.
[3] Merlin, *Rép.*, v° Proc., § 2.

d'inventaire, par crainte des rapports (art. 461);

Et même l'acceptation de donation, par motif de convenance (art. 403);

Les baux excédant la durée de neuf ans (art. 1439 par analogie).

Ces exemples suffisent pour bien faire comprendre le principe général.

Quand la procuration est spéciale, le mandataire peut aller au delà de son mandat, non plus dans le sens qu'il excède les pouvoirs donnés, mais dans le sens qu'il exécute à des conditions plus onéreuses. On doit se rappeler à ce propos la fameuse dispute entre les Sabiniens et les Proculéiens (V. n°s 40-43); l'opinion de ces derniers, plus favorable et plus équitable, selon nous, doit encore être admise. Il n'y aura pas défaut d'exécution; mais le mandataire et les tiers n'auront action contre le mandant que dans la limite des conditions fixées par le mandat.

Le mandataire peut aussi rester en deçà de son mandat, c'est-à-dire ne procurer qu'une exécution partielle. Si l'exécution partielle est utile au mandant, le mandataire ne sera réputé en faute que pour le reste, sinon (et cela pourra arriver toutes les fois que l'affaire se présentera comme indivisible dans les calculs et combinaisons du mandant), le mandataire répondra du défaut d'exécution pour la totalité de l'affaire.

315. *Deuxième obligation. — Responsabilité.* — La conséquence de ce que le mandataire est tenu d'accomplir le mandat, c'est qu'il est responsable de l'accomplissement : jusqu'où s'étend cette responsabilité? C'est ce qu'il s'agit d'examiner.

« Le mandataire, dit l'art. 1992, répond non-seu-

lement du *dol,* mais encore des *fautes* qu'il commet dans sa gestion. Néanmoins, la responsabilité relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire. »

Ainsi le mandataire répond : 1° de son dol; 2° de ses fautes.—Ses fautes doivent être appréciées d'après le type abstrait d'un bon père de famille. Telle doit être la règle générale; mais elle se modifie en présence d'un mandat gratuit. Alors le mandataire doit être traité avec moins de rigueur; on sera disposé à n'exiger de lui que les soins qu'il donne à ses propres affaires.

Une fois la faute constatée, le juge peut-il modérer les dommages et intérêts? Je ne le pense pas [1]; l'article 1992 parle de l'indulgence dans l'*application de la responsabilité*, mais non dans l'*appréciation des dommages-intérêts*. En vain invoquerait-on l'art. 1149, ainsi conçu : « Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, *sauf les exceptions et modifications ci-après.* » Et prétendrait-on que les derniers mots de l'article se réfèrent au mandataire gratuit? Il est certain que le rédacteur de l'art. 1149 ne songeait point au mandat gratuit; il faisait allusion aux articles 1150, 1151 et 1152 qui suivent et qui, en effet, restreignent dans de justes limites l'étendue des dommages-intérêts. — Toutes les fois que la loi est muette, les tribunaux, dès qu'ils ont reconnu que des dommages et intérêts sont dus, doivent les accorder dans leur intégralité.

[1] Pour l'affirmative : MM. Delamarre et Lepoitvin, t. II, n° 233 ; pour la négative : M. Troplong, n° 393.

La distinction que nous indique le dernier alinéa de l'art. 1992 nous servira à résoudre la question de savoir si le mandataire, en cas de sinistre, doit préférer la chose du mandant à la sienne propre. Nous répondrons oui, pour le cas de mandat salarié, et non, pour le cas de mandat gratuit. Dans le premier cas, nous appliquerons par analogie l'art. 1882 sur le commodat; le salaire est à la fois la récompense des peines que se donne le mandataire et le *prix des risques* qu'il court [1]. Que s'il avait, au moment du sinistre, plusieurs choses appartenant à divers mandants, il devrait sauver les plus précieuses d'abord; car telle est la règle d'un bon père de famille.

316. *Substitution.* — Le mandataire est responsable non-seulement de ses fautes, mais encore des fautes commises par celui qu'il se substitue dans sa gestion (art. 1994). On avait voulu d'abord interdire toute espèce de substitution. Le consul Cambacérès l'avait proposé d'une manière positive; mais on réfléchit que, dans bien des cas, cette substitution était utile, nécessaire même, et on pensa que la responsabilité du mandataire suffirait pour éviter les abus [2]. Ainsi, on ne peut pas dire que le mandataire, en se substituant quelqu'un, commette une faute; il est possible, au contraire, qu'il fasse son devoir; mais *dans tous les cas* cette substitution a lieu *à ses risques et périls*. Le mandant doit être dans la même position qu'il eût été, si le mandataire eût agi en personne [3]. Nous avons raisonné jusqu'ici dans l'hypothèse du silence du

[1] *Sic* MM. Troplong, n° 409; Del. et Lepoit., t. II, n° 77.

[2] Procès-verbaux du Conseil d'État, séance du 5 pluviôse an XII (Locré, *Mandat*, I, n° 7).

[3] *Sic* Zachariæ, t. II, p. 129; M. Duranton, t. XVIII, n° 250. *Contra*, M. Troplong, n° 446.

mandat; si le mandant a défendu la substitution d'une manière expresse et formelle, alors le mandataire qui prend un substitué est en faute; j'en conclus qu'il répondra même des cas fortuits.

Si le mandat lui donne pouvoir de substitution, le mandataire n'est plus responsable que du choix; il doit choisir une personne qui ne soit pas notoirement incapable ou insolvable (art. 1994.) — Si la personne substituée est désignée dans le mandat, le mandataire n'est plus responsable, même du choix. Le mandant alors n'a de recours que contre le substitué; dans tous les cas, il a une action directe contre lui-même, lorsque le mandataire reste responsable (art. 1994).

317. *Cas fortuit.* — La responsabilité du mandataire s'arrête devant les cas fortuits, à moins qu'il ne soit déjà en faute ou qu'il ne soit chargé des cas fortuits par une clause expresse de la convention. On doit appliquer ici purement et simplement les principes généraux du droit. Les devoirs du mandataire varient selon les circonstances; selon que la force majeure rend l'exécution du mandat impossible, ou la retarde, ou bien la suspend, il doit attendre purement et simplement, ou prendre les mesures conservatoires que les nécessités du moment indiquent; dans tous les cas, avertir le mandant aussitôt que faire se peut.

318. *Troisième obligation. Rendre compte de sa gestion.* — La troisième obligation du mandataire, obligation qui découle des deux autres, c'est de rendre compte de sa gestion (art. 1993).

Le compte s'établit au moyen de pièces justificatives, registres, lettres, quittances, factures, etc. Le mandataire peut être dispensé par la convention de pro-

duire ces pièces justificatives[1], et même de rendre compte[2]. Mais dans ces deux cas, la dispense devra être considérée comme une libéralité, et sera soumise à toutes les règles établies pour les actes à titre gratuit. Le compte comprend tout ce que le mandataire a reçu ou dû recevoir pour le mandant, même les bénéfices en dehors des limites fixées par le mandat, et qui auraient été omis par négligence; même les choses qui n'appartiennent pas au mandant, si elles ont été remises pour lui au mandataire; ce dernier ne doit pas se faire juge d'une question de propriété qui se videra entre le mandant et les tiers (art. 1993). Le compte comprend encore les intérêts des sommes que le mandataire a employées à son usage, *à dater de cet emploi* (art. 1996). — Comprend-t-il aussi les gains illicites? Non; car si ces gains sont le résultat de la convention, la convention est nulle, aux termes de l'art. 1131, et ne peut produire aucun effet; s'ils ne sont pas le résultat de la convention, le mandant ne saurait les réclamer, car ils ont une cause honteuse. Néanmoins, si ces gains ne sont illicites que par leur excès (comme l'usure), le mandant pourra, selon nous, les faire réduire dans de justes limites et obtenir les intérêts légaux. Le mandataire restera, dans tous les cas, soumis aux dispositions pénales qui punissent les spéculations illicites[3].

Quelquefois le mandant pourra obtenir, outre les intérêts des sommes employées, des dommages-intérêts supplémentaires. Cela arrivera toutes les fois que

[1] *Sic* Merlin, *Rép.*, v° MANDAT, § 4; MM. Del. et Lep., t. II, n° 461; Troplong, n° 415.

[2] *Sic* M. Troplong, n° 415; Rejet, 24 août 1831 (Dev., 31, 1, 315).

[3] *Contra*, M. Troplong, n° 502.

l'emploi de la somme aura nui à l'exécution du mandat[1]. Quant aux intérêts des sommes dont il est reliquataire, il les doit à compter du jour de la *mise en demeure* (art. 1996); il y a ici exception à l'art. 1153, qui exige la demande en justice; une simple sommation suffira[2].

319. Le mandataire peut-il compenser les bénéfices qu'il a procurés au mandant avec les pertes qu'il lui a fait subir?

Non, en principe; car la compensation suppose une dette et une créance. Or, le mandataire est bien débiteur des pertes, mais il n'est pas créancier des bénéfices, puisqu'il est de son devoir de les procurer toutes les fois que cela est possible. — Il y aura exception à ce principe dans deux hypothèses :

1° S'il s'agit de plusieurs actes connexes qui forment un tout indivisible. Ainsi, par exemple, le mandataire chargé d'acheter et de transporter une chose pourra compenser la perte subie sur l'achat avec le bénéfice obtenu sur le transport, et réciproquement; il y a là deux actes inséparables, et leur indivisibilité entraîne la compensation[3]. — 2° Si les divers actes, sans être connexes, sont tels que le bénéfice obtenu sur l'un d'eux ait pour cause la perte subie sur l'autre. Ainsi, par exemple, vous me donnez ordre d'acheter à 30 fr. telle marchandise, et de vendre telle autre à 20 fr.; je ne trouve à acheter qu'au prix de 35 fr., mais le vendeur convient avec moi que, moyennant cette diminution, il s'engage à me procurer la vente des autres marchandises au prix de 40 fr. Le mandataire a agi

[1] M. Troplong, n° 504.
[2] *Sic* M. Duranton, t. XVIII, n° 248; Bourges, 13 avril 1840.
[3] *Sic* MM. Del. et Lep., t. II, n° 147; Troplong, n° 143.

comme un bon père de famille; il n'y a aucun reproche à lui adresser.

§ 2. — Obligations vis-à-vis des tiers.

320. Comme nous l'avons déjà dit, le mandataire, dans notre droit, représente la personne du mandant; en réalité, c'est le mandant qui agit et qui contracte par son organe. Il en résulte que le mandataire n'est jamais engagé avec les tiers. Il n'est tenu que d'une chose : leur donner une « suffisante connaissance de ses pouvoirs (art. 1997). » S'il manque à cette obligation, il est engagé vis-à-vis des tiers, dans la limite de ce qu'il leur a laissé ignorer. Bien entendu, d'ailleurs, il est toujours libre d'ajouter, s'il le veut, sa propre garantie à la garantie personnelle du mandant.

CHAPITRE VI.

DES OBLIGATIONS DU MANDANT.

§ 1. — Obligations du mandant vis-à-vis le mandataire.

321. *Première obligation. Rendre le mandataire indemne.* — La première obligation du mandant, c'est de rendre le mandataire indemne.

Il doit donc lui rembourser :

1° *Ses avances et frais* (art. 1999, 1er al.). Sous ces mots sont compris toutes les dépenses faites de bonne foi et sans faute, alors même qu'il eût été possible de

gérer l'affaire d'une manière plus économique; il suffit que le mandataire n'ait pas été coupable de négligence (art. 1999, al. 2). Peu importe la réussite. Au contraire, quand il s'agit du quasi-contrat de gestion d'affaires, le gérant n'a droit qu'à ses impenses nécessaires ou au moins utiles (art. 1375), c'est-à-dire aux impenses qui ont été une cause de profit.

Parmi les dépenses faites de bonne foi et sans faute, on doit ranger l'assurance, car le but de l'assurance est de conserver la fortune de l'assuré, en la mettant à l'abri de certains accidents qui la menacent [1].

On peut, par convention, fixer la limite des dépenses que ne devra pas dépasser le mandataire; on peut même comprendre toutes les dépenses dans la fixation de son salaire; tout cela est licite et se présente fréquemment dans la pratique.

322. 2° « *L'intérêt de ses avances*, à partir de leur date (art. 2001). »

C'est encore une exception à l'article 1153 (3e al.); exception bien légitime, car les relations du mandant et du mandataire seraient entravées d'une manière déplorable, si le mandataire devait, à chacune de ses avances, intenter une demande en justice. — Quant à la légitimité des intérêts, on ne saurait la contester; à vrai dire, c'est là une portion intégrante des avances faites par le mandataire; car ce dernier a dû nécessairement ou se priver des revenus de ses capitaux, ou en emprunter et en payer le loyer. — Par la même raison, j'appliquerais l'art. 2001 au cas de gestion d'affaires; et je crois qu'on y est suffisamment autorisé par l'art. 1375; les intérêts de ces avances sont,

[1] *Sic* Jurisp. angl., Paley, p. 97; M. Troplong, n° 625.

au fond, une véritable dépense utile faite par le gérant[1].

Il a été jugé que ces intérêts échappaient à la prescription quinquennale dont parle l'art. 2277[2]. Nous pensons qu'il en doit être ainsi; en effet, tant qu'un règlement n'est pas intervenu sur le chiffre de ces avances (et telle est l'hypothèse supposée), la dette n'est point liquidée, et par conséquent le créancier ne peut en poursuivre le payement. D'ailleurs, le motif de l'art. 2277 n'existe pas ici, car l'accumulation d'intérêts que l'on redoute pour le débiteur aura une fin toute naturelle par l'expiration du mandat[3].

323. 3° « Les *pertes* que le mandataire a essuyées à l'occasion de sa gestion sans imprudence qui lui soit imputable (art. 2000). »

Le Code a rejeté la doctrine de Pothier, qui distinguait entre les pertes dont le mandat était la cause et celles dont il était l'occasion; elles donnent toutes droit à indemnité[4]. Quelquefois le salaire sera réputé tenir lieu d'indemnité pour certaines pertes; mais il faut que cela soit exprimé dans la convention.

324. *Deuxième obligation. Payement des salaires promis.* — La seconde obligation du mandant, c'est de « payer les salaires lorsqu'il en a été promis (art. 1999, 1er al.). » Cet article paraît bien positif, cependant il a soulevé des controverses.

On a prétendu que le salaire pouvait être réduit par les tribunaux, dans le cas où ils le jugeraient ex-

[1] *Sic* Delvincourt, I, p. 447; MM. Duranton, XIII, n° 674; Troplong, n° 680. *Contra*, Rejet, 7 novembre 1825.

[2] Rejet, 10 février 1836 (36, 1, 940); Rouen, 4 mai 1843 (43, 2, 494); *sic* Zachariæ, t. III, p. 130.

[3] Même solution, par les mêmes motifs, en ce qui concerne les intérêts des sommes qu'un mandataire a reçues et employées à son usage (Cass., 21 mai 1822; Cass., 7 mai 1845, Dev., 45, 1, 644).

[4] V. le titre *de la Commission*, n° 364.

cessif [1]; mais je ne saurais admettre cette opinion. En effet, les art. 1986 et 1999 considèrent la convention de salaire comme une convention licite, et dès lors obligatoire; il en résulte que les tribunaux doivent la respecter, car « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites [2]. » Il n'y a eu aucune dérogation expresse ou tacite à ce principe, il subsiste dans toute son intégrité [3].

L'erreur de nos adversaires vient de ce qu'ils sont sans cesse dominés par cette idée que le salaire du mandataire n'est pas un prix, et que, sous le nom d'honoraire, il doit être placé en dehors des règles du droit commun.

Quant à nous, qui ne voyons aucun motif pour sortir ainsi des principes généraux, nous nous en tenons à notre texte, et nous pensons que le salaire doit être maintenu tel qu'il a été fixé, à moins de dol, erreur ou violence [4].

[1] *Sic* M. Troplong, n°s 245 et s.; Cass., 11 mars 1824; 22 août 1854 (54, 1, 614); Paris, 20 novembre 1854 (54, 2, 688); Rejet, Req., 18 avril 1855 (Dev., 55, 1, 527).

[2] Art. 1134, 1er al.

[3] *Sic* M. Demolombe, *Revue de lég.*, t. II de 1846, p. 447.

[4] Nous croyons utile de donner ici le résumé des considérants de l'arrêt de Paris, du 25 novembre 1854, contre lequel un pourvoi fut formé, mais rejeté par la Chambre des requêtes, le 18 avril 1845.

« La taxe des frais des *officiers ministériels* est d'ordre public... Ces principes doivent s'appliquer à tous agents d'affaires et mandataires qui, quoique non soumis à des tarifs réguliers, exercent cependant en réalité les mêmes fonctions que les officiers ministériels, en se chargeant de la direction et de l'administration des affaires. » Cette assimilation me paraît arbitraire et dangereuse. Les officiers ministériels sont taxés parce qu'ils sont revêtus d'un caractère public, parce qu'ils ont un monopole et que leur ministère est inévitable. Il en est tout autrement des agents d'affaires, simples particuliers auxquels chacun est libre de ne pas recourir.

« De tels mandataires peuvent plus facilement surprendre le *consentement* de personnes peu éclairées ou entièrement étrangères aux

325. Le salaire est-il dû, si une cause indépendante du mandataire vient empêcher l'exécution du mandat?

Si l'exécution n'est pas encore commencée, la négative n'est pas douteuse; le mandat n'a produit aucun effet, ni dans un sens, ni dans l'autre. Que si l'exécution était commencée, la négative me paraîtrait encore certaine, mais avec une modification importante: le mandataire ne doit jamais compter sur le bénéfice promis pour l'*avenir;* quant au bénéfice que méritent ses soins, dans le *passé*, il devra l'obtenir; il serait injuste de l'en priver. Il en sera de même au cas de révocation, car la révocation (comme nous le verrons plus loin), est de l'essence du mandat; dès lors l'article 1794, relatif au louage d'industrie, est inapplicable; il ne faut point que ce droit de révocation soit paralysé par la crainte de dommages-intérêts.

326. *Garantie des obligations du mandant.* — Le mandataire a une double garantie des obligations du mandant; la solidarité, s'il y a plusieurs mandants, dans tous les cas le droit de rétention :

1° *Solidarité des comandants* (art. 2002).

En principe la solidarité ne se présume pas, elle doit être établie par une convention expresse. Le mandant est resté sous l'empire du droit commun (art. 1995);

affaires et leur faire souscrire des engagements rémunératoires dont elles ne peuvent apprécier la portée et les conséquences... »

Si le consentement a été surpris, il est inutile de sortir du droit commun, il faut constater en fait que le consentement est entaché de dol, d'erreur ou de violence, et annuler le contrat en vertu de l'article 1109. Soyez d'autant plus sévères dans votre appréciation que l'agent d'affaires est plus habile, le client plus inexpérimenté, l'objet du mandat plus important; rien de mieux. Protéger le faible contre le fort, l'homme loyal contre le fourbe, est une des plus nobles missions de la magistrature. Mais pour atteindre ce but, il suffit des principes inscrits au Code et consacrés depuis des siècles par tous les jurisconsultes.

mais on y a dérogé en faveur du mandataire (art. 2002). — Cette dérogation s'explique d'une manière naturelle quand le mandat est gratuit, car alors le contrat est tout à l'avantage des mandants; il est juste que l'insolvabilité de l'un d'eux ne pèse pas sur le mandataire, qui leur rend à tous un service désintéressé. Lorsque le mandat est salarié, le même motif n'existe plus, car nous avons vu que le mandat salarié est un véritable contrat à titre onéreux; mais d'autres raisons justifient notre article.

D'abord, le mandat salarié se présente surtout en matière commerciale, où la solidarité est si fréquente qu'elle est presque de droit commun [1]; ensuite les parties (qui sont tenues de mentionner d'une manière expresse la clause du salaire) pourront, si elles le désirent, effacer en même temps la solidarité. Enfin, il est de l'intérêt général bien entendu d'encourager les mandataires; leur profession rapproche les distances et multiplie les relations entre les hommes: les obliger à diviser leur action serait leur créer une foule de difficultés et d'entraves, surtout quand on songe qu'ils opèrent pour des personnes *absentes*, souvent très-éloignées.

Le même motif n'existait pas en faveur du mandant, car donner mandat à quelqu'un de gérer ses affaires, c'est user d'un droit, ce n'est point exercer une profession. Cette solidarité n'existe pas non plus en faveur des gérants d'affaires ni de ceux qui louent leur industrie; les premiers se sont immiscés d'eux-mêmes dans la gestion, et l'on craint d'encourager cette immixtion par une trop grande sécurité pour l'avenir.

[1] V. au titre *de la Commission*, n° 367.

Quant aux derniers, ils travaillent en général pour des personnes *présentes*, pour un entrepreneur ou un maître qui dirige les travaux dans leur ensemble; ils ont donc moins besoin de garanties énergiques. De plus, ils sont presque toujours nantis de matériaux sur lesquels ils peuvent exercer leur droit de rétention, tandis que le mandataire, n'ayant souvent d'autre mission que de préparer et passer des actes, se trouve tout à fait à découvert [1].

327. 2° *Droit de rétention.*

Le droit de rétention a été admirablement défini par M. Valette: « le droit qu'a le détenteur d'une chose d'en conserver la *détention* jusqu'à l'acquittement de ce qui lui est dû *à raison de cette même chose* [2]. » Entre les parties, il a pour fondement ce principe de réciprocité, en vertu duquel on ne saurait exiger l'exécution d'une obligation, sans accomplir soi-même l'obligation corrélative. Vis-à-vis les tiers, il se justifie en ce qu'ils n'ont pas dû compter sur un objet qu'ils savaient entre les mains d'une personne tierce, et cela par suite d'une cause susceptible de créer des obligations de part et d'autre.

Le Code Napoléon a reconnu formellement le droit de rétention dans les articles 1612 relatif au vendeur, 1749 relatif au locataire, 1948 relatif au dépositaire; ce sont là des applications qui demandent à être éten-

[1] *En législation*, on pourrait, selon nous, critiquer ces différences, mais il faudrait pour cela renverser le principe posé dans l'art. 1202; lorsque plusieurs personnes contractent ensemble des obligations, par le même acte, il s'établit entre elles une espèce d'association qui devrait suffire pour l'existence de la solidarité. Une fois le principe de l'art. 1202 admis, et il est incontestable *en droit*, ces différences s'expliquent par les motifs que nous venons de donner.

[2] M. A. Valette, *Traité des privilèges et des hypothèques*, n° 6.

dues au mandataire, puisqu'il se trouve dans une position exactement semblable. Ce droit ne constitue pas un privilége sur le prix de la chose, mais il permet de la retenir tant que le propriétaire de la chose ne s'est pas acquitté de ce qu'il doit pour les frais, avances, pertes et salaires [1].

328. *Prescription de l'action du mandataire.* — En règle générale, l'action du mandataire est soumise, quant à la prescription au droit commun, c'est-à-dire au délai de trente ans. — Il y a exception quand le mandataire est un huissier ou un avoué. Dans le premier cas, la prescription est d'*un an* (art. 2272, 2ᵉ al.); dans le second cas, elle est de « *deux* ans, à compter du jugement des procès ou de la conciliation des parties, ou depuis la révocation desdits avoués. » — A l'égard des affaires non terminées, elle est de *cinq* ans (art. 2273). Bien entendu, pour que cette courte prescription leur soit applicable, il faut qu'ils agissent en leur qualité d'huissiers ou d'avoués, et non en qualité de mandataires ordinaires pour la conduite d'une affaire, en dehors de leurs fonctions spéciales. — Elle devrait être appliquée, selon nous, au remboursement de ce que l'avoué a payé à l'avocat; ce sont de véritables frais occasionnés par le procès dont il est chargé [2].

§ 2. — Obligations du mandant vis-à-vis des tiers.

329. Le mandataire, nous l'avons vu, agit non-seulement pour le compte du mandant, mais *en son*

[1] Le mandataire a encore un privilége pour ses frais dans certains cas, mais alors c'est comme *conservateur de la chose* (2102 3°).

[2] *Sic* MM. Vazeille, t. II, n° 684; Troplong, presc., n° 979; Dijon, 20 décembre 1846. *Contra*, Chauveau, *Comm. du tarif*, I, n° 297; Riom, 24 mai 1838.

nom; il est son organe, rien de plus; *nudus minister.* De là cette règle : *Qui mandat ipse fecisse videtur.* La conséquence est que le mandant est tenu de toutes les obligations contractées par le mandataire dans la limite de ses pouvoirs (art. 1998, 1[er] al.); il en est tenu comme s'il les avait contractées lui-même. — Que si le mandataire a excédé ses pouvoirs, le mandant ne sera pas tenu, à moins qu'il n'ait donné *ratification expresse ou tacite* (art. 1998, 2[e] al.).

330. La ratification a un effet rétroactif, de telle sorte que tous les actes accomplis avant elle sont réputés faits par un mandataire en règle : la gestion d'affaires disparaît et on se trouve en face d'un mandat. Néanmoins, cette ratification ne doit pas nuire aux tiers qui ont des droits acquis par suite de la nullité du mandat. Ainsi, par exemple, je ne puis, par une ratification postérieure au sinistre, valider l'assurance prise en mon nom, sans mon ordre; l'assureur a un droit acquis à la nullité de l'assurance; mais je pourrai avoir recours contre le gérant d'affaires [1].

La ratification peut être révoquée ou annulée sur la demande des créanciers, en vertu de l'art. 1167, ou éteinte par tout autre mode, comme le mandat lui-même.

CHAPITRE VII.

DE L'EXTINCTION DU MANDAT.

331. Après avoir vu la nature du mandat, son objet, ses effets, c'est-à-dire les obligations qu'il engendre, il nous reste à examiner comment il s'éteint.

[1] *Sic* MM. Troplong, n° 620; Del. et Lep., t. I, n° 178.

SECTION I. — Causes d'extinction.

Elles sont au nombre de cinq :
1° La révocation par le mandant ;
2° La renonciation par le mandataire ;
3° La mort naturelle ou civile de l'un ou de l'autre ;
4° Leur changement d'état ;
5° La cessation des pouvoirs du mandant [1].

§ 1. — Révocation par le mandant.

332. *Motifs.* — « Il ne faut pas perdre de vue (dit M. Bertrand de Greuille, orateur du Tribunat au Corps législatif [2]) que la *volonté* et la *confiance* sont les premiers mobiles du contrat de mandat. »

Tels sont les motifs véritables de la révocabilité du mandat. Sans doute, cette révocabilité, dans l'origine, a pu avoir pour cause le principe de la gratuité ; mais aujourd'hui que le Code proclame lui-même l'existence du mandat salarié, cette cause est devenue insuffisante. Le droit de révocation subsiste, parce que la confiance est, en quelque sorte, l'âme du mandat ; parce que l'objet du mandat, c'est un acte juridique, c'est-à-dire un fait qui nous lie envers des tiers, et qui peut compromettre les plus graves intérêts ; parce que tout acte juridique suppose le consentement des parties, et que la nécessité de ce consentement exige, dans la personne de celui au nom de qui il est fait, une persistance de volonté qui dure jusqu'au moment où

[1] Nous ne parlons ici que des causes particulières au mandat. Quant aux autres, telles que la force majeure, l'accomplissement du mandat ou l'expiration du délai, elles rentrent dans le domaine du droit commun.

[2] Locré, t. XV, p. 268, n.

l'acte est accompli ; d'où il suit que cet acte ne saurait s'accomplir d'une façon régulière, du jour où il y a eu changement de volonté. Cette idée, je le sais, n'est pas en harmonie avec la doctrine des professions libérales; car un travail quel qu'il soit, physique ou intellectuel, n'est jamais qu'un simple fait qui n'entraîne point d'obligations, et qui, dès lors, n'exige pas cette persistance de volonté dont nous parlions tout à l'heure; mais tout cela résulte du système adopté par les rédacteurs du Code, et nous y trouvons un nouvel argument contre les jurisconsultes qui prétendent que toute profession libérale constitue nécessairement un mandat.

La révocabilité n'est pas toujours inhérente au mandat; mais alors c'est que le mandat lui-même revêt une nouvelle nature; cela arrive lorsqu'il se présente comme condition d'un autre contrat (par exemple, le mandataire d'une société), ou bien dans le cas tout spécial de la *procuratio in rem suam* (par exemple, la délégation d'un débiteur). Dans ce dernier cas, le mandataire agit bien au nom, mais non plus pour compte du mandant; il est tout simple dès lors que le mandat soit irrévocable.

333. *Modes de révocation.* — La révocation peut être expresse ou tacite : expresse, par une notification verbale ou écrite; tacite, par un acte quelconque dont l'esprit ne saurait se concilier avec la permanence du mandat. L'art. 2006 nous indique un exemple de révocation tacite ; c'est le cas où un nouveau mandataire a été constitué dans la même affaire; il faut ajouter qu'il en est ainsi, seulement s'il résulte des circonstances que le mandant a voulu remplacer le mandataire primitif et non lui adjoindre un collaborateur.

334. *Notification.* — Vis-à-vis les tiers, la simple notification de la révocation faite au mandataire ne suffit pas; il faut qu'ils aient eux-mêmes connaissance de cette révocation. — Suffira-t-il pour cela du retrait de l'acte de procuration? Ce retrait peut être, en effet, exigé par le mandant aux termes de l'art. 2004; nous pensons qu'*en général* il doit suffire, même à l'égard des tiers; car il est matériellement impossible au mandant de deviner à l'avance et d'avertir tous ceux qui pourraient avoir l'intention de contracter avec son ancien mandataire; et d'ailleurs ces derniers sont en faute de ne pas se faire exhiber la procuration. Mais s'il s'agissait de personnes qui sont dans l'habitude de contracter avec le mandataire pour les affaires courantes, le mandant serait en faute de ne pas leur notifier la révocation et devrait subir les suites de sa négligence.

335. *Révocation par un des comandants.* — Que si le mandat a été constitué par plusieurs, la révocation d'un seul suffit, car le mandat émanait de la volonté de tous; la même condition est indispensable pour qu'il se maintienne. Il serait même éteint à l'égard des autres, car il est possible que le mandataire ait contracté en considération de la personne de celui qui révoque, comptant sur la solidarité établie par la loi; mais le silence réciproque des parties fera naturellement supposer qu'elles consentent à la continuation du mandat.

§ 2. — Renonciation du mandataire.

336. La renonciation peut avoir lieu sans dommages et intérêts dans deux cas (art. 2007).

1° Si cette renonciation ne cause aucun préjudice au mandant.

Aucune difficulté là-dessus.

De quoi le mandant se plaindrait-il?

2° Si le mandataire « se trouve dans l'impossibilité de continuer le mandat sans en éprouver lui-même un *préjudice considérable.* »

Ici deux hypothèses se présentent. Ou le mandat est gratuit, ce qui est la règle, et alors il est juste qu'on n'abuse pas du désintéressement du mandataire, et que sa bienveillance ne soit pas pour lui une cause de ruine. Ou il est salarié, et en ce cas encore, il doit être supposé ne vouloir s'occuper des affaires d'autrui (même moyennant un prix) qu'à son loisir, et sans pour cela être obligé de sacrifier les siennes. Dans les deux cas, la renonciation se légitime aux yeux du jurisconsulte. Cependant, on est généralement d'accord (comme nous le verrons plus tard [1]) pour reconnaître une exception à cette règle, lorsqu'il s'agit d'un mandat commercial; nous serions disposés à étendre l'exception même au mandat civil, quand il constitue une véritable profession, comme, par exemple, celle des avoués. Dans ce cas, on peut dire que les affaires du mandant sont aussi celles du mandataire, car il passe sa vie à traiter les affaires d'autrui; c'est là son état normal et habituel. — En quoi consiste le *préjudice considérable* dont parle le Code? C'est là une question de fait, que les tribunaux devront résoudre suivant les circonstances. Le droit romain nous en fournit plusieurs exemples : un procès d'où dépend la majeure partie de la fortune du mandataire, des complications survenues dans ses affaires, une maladie grave.

[1] V. n° 432, au titre *de la Commission*.

La renonciation, pour être efficace, doit être notifiée au mandant (art. 2007), à moins toutefois que le mandataire ne se trouve dans un cas d'impossibilité absolue : à l'impossible nul n'est tenu.

§ 3. — Mort naturelle ou civile[1] du mandant ou du mandataire.

337. Le mandat a lieu de part et d'autre *intuitu personæ;* dès lors il s'éteint par la mort du mandant ou du mandataire.

Mais il ne s'éteint pas d'une manière complète. En effet, s'il s'agit de la mort du mandataire, « ses héritiers » doivent non-seulement en donner avis au mandant, mais de plus prendre des mesures conservatoires, « pourvoir en attendant à ce que les circonstances exigent pour l'intérêt de celui-ci (art. 2010). » Bien entendu, nous supposons les héritiers capables et instruits de l'existence du mandat, autrement ils ne seraient tenus de rien; au fond le mandant est en faute de n'avoir pas prévu le décès possible de son mandataire, et n'avoir pas, par l'acte même de procuration, désigné un substitué, comme cela se fait très-souvent dans la pratique. Que s'il s'agit de la mort du mandant, le mandataire est tenu « d'achever la chose commencée, s'il y a péril en la demeure (art. 1991, 2e al.). »

Les parties peuvent-elles déroger à ces dispositions?

Nous avons vu que le droit romain et notre ancien droit français admettaient cette dérogation. Je n'aperçois aucun motif sérieux pour l'exclure aujourd'hui.

[1] La mort civile a été abolie par la loi du 31 mai 1854; mais quelques-uns de ses effets ont été maintenus contre les condamnés à des peines afflictives infamantes. Du reste, la résolution du mandat qui aurait eu lieu pour cause de mort civile aura lieu pour cause de changement d'état.

Il n'y a là rien d'immoral ni d'illicite. Craindrait-on les fidéicommis déguisés ; il sera facile, en fait, de les reconnaître. Ce n'est pas d'ailleurs le seul acte sous lequel les fidéicommis cherchent à se dissimuler [1].

On peut citer pour exemple de ces sortes de mandats : le mandat d'élever un monument au mandant après sa mort, et aussi le mandat confié aux exécuteurs testamentaires (art. 1025).

Ce mandat est-il éteint par la minorité de l'héritier? Je ne le pense pas [2]. Mais, dit-on, il y a changement d'état dans la personne du mandant continué par son héritier. C'est un véritable jeu de mots, car ici la volonté du mandant lui survit, c'est elle et non celle de l'héritier qui maintient le mandat ; qu'importe dès lors la minorité de l'héritier ?

§ 4. — **Changement d'état du mandant ou du mandataire.**

338. L'état d'une personne, c'est sa capacité civile ; or, la capacité civile du mandant est essentielle au mandat, car c'est le mandant qui contracte par l'organe du mandataire. Dès qu'elle disparaît, le mandat est éteint.

Quant à la capacité du mandataire, elle n'est pas essentielle au mandat, mais son absence enlève au mandant son recours contre le mandataire ; il est donc juste d'y voir une cause d'extinction, une espèce de révocation tacite et de plein droit.

De ces principes, il résulte que l'art. 2003 (3e al.) ne doit pas être considéré comme limitatif ; tout chan-

[1] *Sic* Pothier, *Mandat*, n° 108 ; Zachariæ, III, § 416 ; MM. Duranton, XVIII, n° 284 ; Troplong, nos 728 et suiv. ; Delamarre et Lepoitvin, II, n° 445 ; Nîmes, 9 janvier 1833 (Dev., 33, 2, 206) ; Paris, 10 décembre 1850 (50, 2, 625) ; Amiens, 16 novembre 1852 (54, 2, 60).

[2] *Contra*, M. Troplong, n° 734.

gement d'état de l'une des parties est une cause d'extinction du mandat. Ainsi, aux cas d'interdiction, de déconfiture, il faut ajouter la mise dans une maison d'aliénés, la nomination d'un conseil judiciaire, l'interdiction pénale (art. 29 C. pénal), la faillite, le mariage de la femme, si son contrat de mariage ne lui permet pas d'accomplir les actes qui font l'objet du mandat.

§ 5. — **Cessation des pouvoirs du mandant.**

339. Si le mandant est lui-même le mandataire d'une autre personne, les pouvoirs de celui qu'il s'est substitué expirent avec les siens. Dans le cas où le substitué a été mis en rapport direct avec le mandant, le mandataire primitif disparaît, et le substitué devient le seul et unique mandataire du mandant.

SECTION II. — EFFETS DE L'EXTINCTION DU MANDAT.

340. Les effets de l'extinction du mandat varient selon qu'elle a lieu antérieurement ou postérieurement à tout commencement d'exécution. Dans la première hypothèse le mandat est anéanti, il ne produit aucun effet. Dans la seconde, il disparaît pour l'avenir, mais il subsiste pour le passé. Nous avons déjà vu qu'alors toutes les obligations du mandant envers le mandataire sont maintenues, pour ce qui concerne les frais et salaires des actes qui ont précédé la révocation.

Les effets varient encore selon que le mandataire connaît ou ignore la cause d'extinction; s'il l'ignore, elle ne saurait lui être préjudiciable jusqu'au jour où cesse son ignorance (art. 2008). La même distinction est applicable aux tiers, d'après les termes de l'article 2009.

TROISIÈME PARTIE.

TITRE III.

—

SOMMAIRE.

Rôle du contrat de commission (341).

CHAPITRE I. — Définition (342-347). — Deux sortes de commissionnaires (342); — Différence entre la commission et le louage d'industrie (343); — Différence entre la commission et le mandat (344); — Différence entre la commission et le courtage (345); — Différence entre la commission et la préposition (346); — Résumé (347).

CHAPITRE II. — Objet de la commission (348-349).

CHAPITRE III. — Sujet de la commission (350).

CHAPITRE IV. — Formation du contrat et preuve (351-354).

CHAPITRE V. — Obligations du commissionnaire (355-360).

Section i. — *Envers le commettant* (355-359).

§ 1. — *Obligations qui naissent du refus de la Commission* (355).

§ 2. — *Obligations qui naissent du contrat* (356-359); — 1° Exécution (356); — 2° Substitution (357-358); — 3° Reddition de compte (359).

Section ii. — *Envers les tiers* (360).

CHAPITRE VI. — Obligations du commettant (361-366).

Section i. — *Envers les commissionnaires* (361-365); — 1° Payement de la commission (361-363); — 2° Rendre le commissionnaire indemne (364-365).

Section ii. — *Envers les tiers* (366).

CHAPITRE VII. — Garanties spéciales des droits du commissionnaire et du commettant (367-430).

Section i. — *Solidarité* (367).

Section ii. — *Revendication* (368-371); — 1° Par le commettant (368-370); — 2° Par le commissionnaire (371).

Section iii. — *Droit de rétention* (372).

Section iv. — *Privilège du commissionnaire* (373-430).

§ 1. — *Théorie générale* (373-388); — Il n'y a pas d'antinomie entre l'art. 93 et l'art. 95 (375); — Véritables limites des art. 93 et 95 (376-379); — Quel est le droit commun en matière de nantissement commercial (380-386)? — Nature du droit accordé au commissionnaire (387); — Conclusion (388).

TROISIÈME PARTIE.

DROIT ACTUEL.

TITRE III.

De la Commission.

341. La commission joue dans les affaires commerciales le même rôle que le mandat dans les affaires civiles. Est-ce à dire qu'elle se confonde avec lui? Nullement; par cela seul qu'elle se manifeste et qu'elle se meut dans une sphère différente, elle est soumise à d'autres principes. Le but du commerce n'est pas de conserver les biens, mais d'échanger et de faire circuler les valeurs. Pour atteindre ce double but, trois choses lui sont nécessaires : la facilité des transactions, la sûreté du crédit, une exacte et rigoureuse réciprocité [1]. De là des règles spéciales d'un grand intérêt pratique, et qui viennent modifier les principes généraux établis par le droit civil.

Nous suivrons dans cette nouvelle matière le même plan que nous avons adopté pour l'étude du mandat; nous espérons ainsi éviter des répétitions inutiles, et mettre en relief d'une manière plus vive les analogies et les dissemblances qui existent entre ces deux contrats.

[1] V. sur l'esprit du droit commercial le *Discours préliminaire* fait au nom de la Commission du projet de Code de commerce. V. aussi le *Discours* de M. Regnaud de Saint-Jean-d'Angely (Locré, *Code de commerce*, t. I, p. 25 et 57).

CHAPITRE I.

DÉFINITION.

342. Il importe d'abord de définir le contrat de commission et d'en donner, autant que possible, une idée exacte.

C'est dans le Code de commerce que nous chercherons les éléments de notre définition. Les art. 91 et 92 sont ainsi conçus :

« Art. 91. Le commissionnaire est celui qui *agit en son propre nom*, ou sous un nom social, *pour le compte* d'un commettant. »

« Art. 92. Les devoirs et les droits du commissionnaire qui agit *au nom d'un commettant* sont déterminés par le Code civil, liv. III, tit. XIII. »

Deux sortes de commissionnaires. — De ces deux articles, il résulte d'abord qu'il y a deux sortes de commissionnaires : les uns qui agissent en *leur propre nom* ou sous un nom social, les autres qui agissent au *nom d'un commettant.* Il est vrai, quant à ces derniers, que l'on renvoie au titre du mandat pour la réglementation de leurs droits et devoirs ; on pourrait croire, d'après notre texte, qu'entre le mandataire et le commissionnaire qui agit au nom du commettant, il n'y a d'autre différence qu'une différence de *mots.*

Cette assimilation n'est qu'apparente ou du moins partielle. En effet, dans l'article suivant, le législateur

voulant établir en faveur du commissionnaire des garanties toutes spéciales, tout à fait en dehors du droit civil, commence ainsi : « *Tout* commissionnaire qui a fait des avances (art. 93)..... » Donc ces garanties sont communes à *tous* les commissionnaires, quel que soit leur mode d'agir, en leur nom ou au nom du commettant. Voilà déjà un point d'une importance capitale, qui sépare le commissionnaire dont nous parlons du mandataire, et qui le rapproche du commissionnaire proprement dit. Est-ce tout? non. Nous verrons que les règles particulières au contrat de commission sont puisées non-seulement dans le texte du Code de commerce, mais encore dans les *usages* généralement établis parmi les commerçants, usages qui, eux-mêmes, ne sont que l'expression des *nécessités* commerciales, *usu exigente et humanis necessitatibus*... En effet, ces usages équivalent à des *conventions tacites*, qui ont force obligatoire en l'absence de conventions expresses et contraires. Or, la commission (au cas prévu par l'art. 92), bien qu'assimilée à un mandat, n'en a pas moins pour objet une opération commerciale; et dès lors les règles du Code Nap. sur le mandat se trouvent modifiées par les usages ou conventions tacites dont nous parlions tout à l'heure. Ainsi, le commissionnaire qui agit au nom du commettant est soumis aux règles spéciales de la commission; mais en dehors de ces règles, il reste sous l'empire des principes du droit civil. Et pourquoi n'en est-il pas de même du commissionnaire qui agit en son nom propre? parce que la nature de son *agissement* (pour me servir du mot technique) établit une différence profonde entre le mandataire et lui; parce que cette différence lui rend inapplicables *la plupart*

des règles sur le mandat, et dès lors les rédacteurs de l'art. 91 n'ont pas cru devoir y renvoyer [1].

Nous venons de constater deux espèces de commissionnaires; voyons maintenant ce qu'il y a de commun à chacune d'elles et, par suite, de vraiment essentiel au contrat de commission.

343. *Différence entre la commission et le louage d'industrie.* — Aux termes de l'art. 91, « le commissionnaire est celui qui *agit*..... *pour le compte* d'un commettant. » Ces mots me paraissent singulièrement expressifs. En effet, *agir* pour le compte de quelqu'un, ce n'est pas seulement *faire quelque chose*, c'est faire un *acte* pour lui, un acte dans le sens juridique, un acte qui crée des liens de droit, qui entraîne des obligations. Cela seul suffit pour distinguer la commission du louage d'industrie; car l'objet du louage d'industrie, c'est un certain travail, un fait purement matériel ou intellectuel, fait qui peut être considéré comme l'exécution d'un engagement, mais qui n'en crée aucun [2].

344. *Différence entre la commission et le mandat.* — L'acte qui fait l'objet de la commission n'est pas seulement un acte de droit, c'est un acte de droit *commercial;* cela est évident, puisque le texte que nous cherchons à analyser appartient au Code de commerce. Ainsi, la commission a nécessairement pour objet une transaction, ou, pour mieux dire, une *opération commerciale*. Par là, elle se distingue du mandat, alors même qu'elle s'accomplit au nom du commettant; car le mandat est un contrat de droit civil et a nécessairement pour objet une *opération civile*.

[1] V. MM. Del. et Lep., t. I, nos 22, 23 et 24. Nous adoptons leur solution, mais pas précisément par les mêmes motifs.
[2] V. nos 438-439.

345. *Différence entre la commission et le courtage.* — Toute opération commerciale suppose deux ou plusieurs parties en présence : le commissionnaire *intervient* dans l'opération, mais il intervient comme l'organe d'une seule des parties; il joue un rôle passif vis-à-vis l'une, actif vis-à-vis l'autre; en un mot, il « agit pour le compte d'*un* commettant (art. 91). » Le commissionnaire n'est donc pas un *agent intermédiaire;* l'agent intermédiaire est l'organe des *deux* parties, il ne traite avec aucune d'elles, il rapproche les volontés, voilà tout[1]; lui-même ne s'engage à rien,

[1] « L'engagement d'un entremetteur est semblable à celui d'un procureur constitué, d'un commis ou autre préposé, avec cette différence que l'entremetteur étant employé par des personnes qui ménagent des intérêts opposés, il est comme commis de l'un et de l'autre pour négocier le commerce ou l'affaire dont il s'entremet. Ainsi son engagement est *double*, et consiste à conserver envers toutes les parties la fidélité dans l'exécution de ce que chacun veut lui confier. Et son pouvoir n'est pas de traiter, mais d'expliquer les intentions de part et d'autre et de négocier pour mettre ceux qui l'emploient en état de traiter eux-mêmes. » (Domat, *Lois civiles*, liv. I, tit. XVII, des proxénètes ou entremetteurs, sect. 1, n° 1.) V. Rejet, 14 août 1818; Bruxelles, 31 décembre 1835 ; Cass., 12 avril 1834; Bordeaux, 8 juin 1847 (47, 2, 305); Cass., 24 juillet 1852 (52, 1, 584) ; Rouen, 24 décembre 1852 (53, 2, 234); Cass., 30 avril 1853 (53, 1, 798) ; Cass., 13 janv. 1853 ; Pardessus (I, n° 71) ; Mollot (Bourses de commerce, n° 526) ; Delamarre et Lepoitvin, n° 18. MM. Mollot et Pardessus voient la différence entre le courtier et le commissionnaire, dans ce fait que l'un agit pour des personnes présentes, l'autre pour des personnes absentes (art. 95, C. comm.). C'est une erreur très-bien relevée par la Cour de cass. (Ch. crim., arrêt de 1853 précité.)

« Attendu qu'il résulte des constatations de l'arrêt attaqué, qu'en s'entremettant ainsi Soulz, Vandalle et Gillette n'agissaient ni comme commissionnaires, ni comme mandataires, qu'ils n'étaient pas commissionnaires, parce qu'agissant *en leur nom*, ils ne contractaient néanmoins *aucune obligation personnelle;* qu'ils n'étaient pas mandataires, parce qu'ils n'agissaient *pas au nom d'autrui*, par suite d'un mandat spécial, mais bien en leur nom personnel, non dans *l'unique intérêt* de leur mandant prétendu, mais dans *l'intérêt simultané* du vendeur et de l'acheteur entre lesquels ils s'entremettaient... » Le courtier est donc celui qui agit en son nom, sans s'obliger personnellement, parce qu'il

ne répond de rien (art. 86 C. comm.)[1]. Il est donc impossible de confondre la commission avec l'*entremise des courtiers ou agents de change.*

346. *Différence entre la commission et la préposition.* — Il ne nous reste plus qu'à indiquer un seul trait caractéristique de la commission. Il y a deux manières d'agir pour le compte d'une personne, on peut exécuter un ou plusieurs ordres fixés à l'avance et précisés par le contrat; ou bien, au contraire, traiter tout un ensemble d'affaires non déterminées, si ce n'est par les circonstances du moment et la volonté présente de celui pour qui on agit. Dans ce dernier cas, il y a ce qu'on appelle *préposition;* le préposé ne promet pas de conclure telle ou telle affaire, il promet de donner ses soins, pendant une certaine durée, à toutes les affaires du préposant; il met son temps à sa disposition. Il y a entre la commission et la préposition à peu près la même différence qu'entre le louage d'ouvrages et le louage de services. Le Code de commerce n'a pas entendu confondre ces deux contrats; car, dans l'énumération qu'il nous donne des actes de commerce (art. 631 et suiv.), il indique séparément : 1° les « *entreprises de commission* (art. 632, al. 3); 2° les actions contre les *facteurs, commis des marchands* ou leurs serviteurs, pour le fait seulement du *trafic* du marchand auquel ils sont *attachés.* » Or, ces facteurs et

met les parties en présence, et constate leurs négociations réciproques; il ne négocie lui-même pour aucune d'elles, et n'a point de compte à leur rendre, n'ayant rien reçu ni rien payé (art. 85).

[1] Quand l'agent de change, selon la coutume de la Bourse, et contrairement à l'art. 86 C. comm., mais pour observer le secret prescrit par le règlement du 27 prairial an X (art. 19), se porte garant des opérations qu'il conclut, il cesse d'être un agent intermédiaire, il devient commissionnaire.

commis sont précisément ce que la doctrine appelle des préposés.

347. *Résumé.* — Tels sont les caractères distinctifs de la commission ; nous les résumerons ainsi : « La commission est un contrat, en vertu duquel une personne intervient dans une *opération commerciale, déterminée, sur ordre et pour compte d'une seule* des parties. »

CHAPITRE II.

OBJET DE LA COMMISSION.

348. Nous avons vu que l'objet de la commission est nécessairement une opération commerciale, un acte de commerce.

Que doit-on entendre par un *acte de commerce?*

Nous n'avons pas à entrer ici dans une théorie complète sur cette grave question, cela nous entraînerait trop loin ; mais il importe d'en dire quelques mots, afin de préciser les cas où il y a commission, et les distinguer de ceux où il n'y a qu'un simple mandat.

D'après les art. 632 et 633 du Code de commerce, les actes sont commerciaux, soit en eux-mêmes, comme les lettres de change et les contrats relatifs au commerce maritime, soit par la qualité des personnes, lorsqu'ils ont lieu entre commerçants, soit par l'intention, lorsqu'il y a achat de denrées ou marchandises, dans le but de les louer ou de les revendre.

Pas de difficulté s'il s'agit d'un de ces actes qui sont

commerciaux en eux-mêmes, d'une manière absolue; toutes les fois que leur exécution est confiée à un tiers, il y a commission; l'intervention d'un tiers ne change rien à la qualification de l'acte, puisque cette qualification tient à la nature de l'acte, et que la personnalité de l'agent lui demeure étrangère.

Il en est autrement si, pour qualifier l'acte, il faut examiner la profession ou l'intention des parties. L'acte alors est commercial d'une manière relative; il peut être commercial vis-à-vis de l'un et non vis-à-vis de l'autre. Faut-il, pour qu'il y ait commission, que l'acte soit commercial des deux côtés? Suffit-il qu'il le soit de la part du commettant, ou bien de la part du commissionnaire, ou bien encore de la part de l'un ou de l'autre? La solution de ces questions est très-délicate.

Prenons des exemples pour éclaircir les données du problème. Je suis propriétaire de vignobles, vous êtes négociant en vins, je vous expédie ma récolte, et vous charge de la vendre; la vente dont vous êtes chargé est un acte commercial pour vous, mais non pour moi: y a-t-il commission? En sens inverse, je suis négociant, vous êtes propriétaire, je vous expédie des marchandises pour les vendre, ou bien, sans être négociant, je vous donne un ordre d'achat, avec intention de revendre, dans un but de spéculation: êtes-vous commissionnaire?

Dans les deux hypothèses, je crois qu'il faut répondre par une distinction. Si vous devez agir *en mon nom*, alors vous n'êtes autre chose que mon organe, *nudus minister;* c'est moi qui agis par l'intermédiaire de votre personne, c'est moi qui parle par votre bouche, c'est moi qui contracte et qui m'oblige. Vous n'êtes rien aux yeux des tiers, tout se passe entre eux et

moi. Pour savoir si l'acte est commercial, il faut considérer ma profession ou mon intention et non la vôtre, puisque la loi fait dépendre la commercialité de la qualité ou de l'intention de celui qui agit, et que l'agent, c'est moi. — Si vous devez agir *en votre nom*, les choses changent d'aspect. Ce n'est plus moi qui agis, c'est vous; c'est vous qui contractez, qui vous engagez vis-à-vis des tiers : tout cela est accompli pour mon compte; mais tout cela émane de votre personne juridique et non de la mienne. Vous êtes l'agent, c'est vous qui qualifiez l'acte.

349. Pour contrôler l'exactitude de notre doctrine, examinons ses conséquences. Vous êtes commerçant, et je suis propriétaire; si vous agissez en votre nom, l'affaire sera traitée commercialement, conformément aux usages du commerce; dès lors il est naturel que vous soyez jugé d'après les règles du droit commercial; si vous agissez en mon nom, l'affaire sera traitée conformément aux règles du droit civil; votre conduite sera appréciée d'après ces mêmes règles : il serait injuste qu'il en fût autrement. En sens inverse, si je suis commerçant et vous propriétaire, vous agirez en votre nom d'après les principes de votre profession; mais, au contraire, vous agirez en mon nom d'après les principes de la mienne; car les tiers savent qu'ils traitent avec un commerçant, et ils se conduisent en conséquence.

Si l'on décide (comme l'ont fait des auteurs très-recommandables)[1], qu'il y a commission toutes les fois que l'acte est commercial vis-à-vis de l'une des parties, on arrive à ce résultat bizarre : une affaire traitée d'une manière commerciale est jugée d'après les règles

[1] MM. Delamarre et Lepoitvin, nos 40-47.

du droit civil, *et vice versa*. Le fait et le droit sont en désaccord. Dans notre système, au contraire, il y a harmonie entre eux; le mode de gestion détermine l'application de la loi; si la gestion est commerciale, l'acte est régi par la loi du commerce, sinon il est régi par la loi civile.

L'art. 632, qui met au nombre des actes de commerce, *re ipsa*, « l'entreprise de commission » justifie encore notre système. Vous êtes propriétaire, vous agissez en votre nom, vous vendez ou vous achetez, comme vous eussiez fait pour vous-même, c'est-à-dire civilement: pourquoi donc seriez-vous réputé faire un acte de commerce? Pourquoi une série d'actes semblables ferait-elle de vous un commerçant? Au contraire, si vous agissez en mon nom et que je sois dans le commerce, vous vous présentez au public comme le représentant d'une maison commerciale, vous vous jetez dans le monde des affaires, dans le domaine du négoce; il est tout simple qu'on vous traite en négociant, si vous continuez à agir de la même manière, et que l'habitude vienne transformer un acte isolé en une profession véritable.

CHAPITRE III.

SUJET DE LA COMMISSION.

350. Tout ce que nous avons dit sur la capacité du mandant et du mandataire est applicable à la commission, toutes les fois qu'elle a lieu *au nom du*

commettant; le commissionnaire, dans ce cas, peut très-bien être incapable, sauf à invoquer son incapacité contre le commettant. Mais si le commissionnaire agit en son propre nom, alors il doit être capable; cela résulte de ce qu'il s'engage lui-même vis-à-vis des tiers, il ne représente plus la personne du commettant, il lui faut une capacité toute personnelle. Néanmoins, si les tiers consentaient à contracter avec lui, malgré son incapacité, le commettant ne pourrait demander la nullité du contrat; l'incapacité du commissionnaire est plutôt un obstacle de fait qu'une impossibilité juridique.

CHAPITRE IV.

FORMATION DU CONTRAT ET PREUVE.

351. *Formation.* — Quant à la formation du contrat, rien de spécial à la commission. Nous avons admis l'existence du mandat tacite, à condition qu'il y ait toujours *ordre émané du mandant;* la simple tolérance de la gestion ne suffirait pas. Ces principes nous paraissent *a fortiori* applicables au droit commercial: d'une part, rien ne serait plus absurde que d'y introduire des formes rigoureuses; d'autre part, rien ne serait plus dangereux que de la faire résulter du silence du commettant; le silence prouve bien l'intention d'accepter une personne pour gérant d'affaires, mais non la volonté de l'avoir pour commissionnaire, ce qui est tout différent.

352. *Preuve.* — La preuve de la commission peut

se faire non-seulement par les modes de droit commun (actes authentiques, actes sous seing privé, présomptions, aveu, serment, enquête), mais encore par les modes particuliers au droit commercial.

Ainsi :

1° Par le bordereau ou arrêté d'un agent de change ou courtier, dûment signé par les parties;

2° Par une facture acceptée ;

3° Par la correspondance;

4° Par les livres des parties ;

5° Par la preuve testimoniale, *dans le cas où le tribunal croira devoir l'admettre.*

Tout le monde s'accorde à reconnaître que l'art. 109, placé sous la rubrique « des Achats et Ventes, » s'applique à tous les actes de droit commercial pour lesquels la loi n'a pas exigé des formes particulières.

353. A propos des lettres missives, on s'est demandé à quel moment précis elles établissaient la date de la commission. Si c'est le commissionnaire qui a fait l'offre, le contrat est parfait dès que le commettant a notifié son acceptation. Si c'est le commettant, au contraire, qui a écrit le premier, le contrat est parfait dès qu'il y a eu acceptation avant même la notification. La raison en est que pour la perfection du contrat, il faut deux choses et elles suffisent : l'ordre émané du commettant et l'acceptation du commissionnaire; tant que l'ordre n'est pas notifié, il n'existe pas ; car, nous l'avons vu, il ne peut résulter du silence seul [1].

354. On s'est demandé encore si les lettres écrites à des tiers pouvaient établir la preuve du contrat? En général, on doit décider que non; les lettres mis-

[1] *Sic* M. Massé, *Dr. comm.*, IV, n° 44 et suiv.

sives sont réputées confidentielles, et la trahison du secret ne saurait être une arme loyale aux mains d'un adversaire; mais, en fait, il peut arriver souvent qu'une lettre n'ait pas le caractère confidentiel; cela peut résulter du texte même de la lettre ou de circonstances accessoires; par exemple, le commettant a transcrit la lettre sur le livre de correspondance, ou bien il a manifesté l'intention de rendre publiques ses relations d'affaires avec le commissionnaire, et cela dans l'intérêt de son crédit ou de diverses spéculations. En ce cas, la lettre, même écrite à un tiers, pourra servir de preuve contre le commettant, *et vice versa*[1].

CHAPITRE V.

OBLIGATIONS DU COMMISSIONNAIRE.

SECTION I. — Envers le commettant.

---

§ 1. — Obligations qui naissent du refus de la commission.

355. L'utilité des commissionnaires dans le commerce est telle, leur emploi est si fréquent, qu'on peut les considérer comme exerçant une véritable profession. Or, par cela seul qu'ils exercent une profession, que leur vie se passe à accepter et à exécuter des ordres

[1] *Sic* MM. Del. et Lep., nos 262-263; Toullier, X, n° 307; il va même jusqu'à croire qu'une lettre confidentielle transmise par le tiers au créancier peut faire preuve contre le débiteur. *Contra*, Cass., 4 avril 1811.

de négoce, ils se trouvent à la disposition du public; ils sollicitent sa confiance et, par une juste réciprocité, ils sont tenus envers lui de certains devoirs, avant même d'être engagés dans les liens du contrat.

Leur ministère n'a rien d'obligatoire comme celui des courtiers et des agents de change; n'ayant pas les bénéfices du monopole, ils ne peuvent en avoir les charges, mais leur acceptation se présume.

Leur premier devoir est donc de donner *avis de leur refus*. Mais ce n'est pas tout: la rapidité des opérations est un des plus pressants besoins du commerce; il arrive donc, en général, que le commettant envoie au commissionnaire, sans attendre son acceptation, les marchandises ou les valeurs qu'il veut négocier. Le commissionnaire, alors même qu'il notifie son refus, doit *prendre soin de la chose expédiée*, la déposer en lieu sûr; s'il ne peut la garder auprès de lui, aviser aux moyens de rendre son refus le moins préjudiciable au commettant. Il y a plus : *dans certains cas, il devra exécuter* la commission; ces cas se rencontrent toutes les fois qu'il s'agit d'une affaire urgente, dont le retard pourrait mettre en péril de graves intérêts. Par exemple, s'il est chargé de faire protester un billet, d'interrompre une prescription et d'autres actes analogues, dont les frais sont minimes et l'importance capitale[1].

§ 2. — Obligations qui naissent du contrat.

356. Le commissionnaire qui accepte est tenu envers le commettant de trois obligations :

Exécuter l'ordre reçu;

[1] V. Del. et Lep., II, nos 27 et 28.

Prendre un substitué, dans certains cas;
Rendre compte.

1° *Exécution.* — Sur ce point, nous n'avons qu'à nous référer à ce que nous avons déjà dit dans le titre ***du Mandat.***

357. 2° *Substitution.* — En droit civil, le mandataire n'a pas le droit de se substituer quelqu'un, même en cas d'absolue nécessité, sauf convention contraire. S'il le fait, il répond non-seulement de son choix, mais de la personne même du substitué. En droit commercial, la confiance n'a pas un caractère aussi personnel; l'urgence des affaires a fait adopter une règle tout opposée. La *substitution*, sauf convention contraire, est à la fois *un droit et un devoir* pour le commissionnaire, au cas de légitime empêchement. On ne suppose pas que le commettant préfère un retard à un changement de personnes; car un simple retard peut être souvent une cause de ruine et de déshonneur. Dans ce cas, le substituant ne répond que de son choix. Une seule exception a été introduite dans l'art. 99 à l'égard du commissionnaire de transports; par des motifs de sécurité et de police, il répond même de son substitué.

Le choix du commissionnaire doit porter sur une personne « notoirement solvable et capable. » Ici encore la règle du droit civil est renversée. Il le fallait bien, puisque la substitution n'est plus le résultat d'une convention; le commettant devait être garanti d'une manière plus énergique.

358. Il y a plus, c'est que le commissionnaire est tenu quelquefois de *substituer une autre chose à la chose demandée;* Casaregis [1] rapporte une espèce où il

[1] Disc. 125.

le décida ainsi comme juge d'appel. Un négociant donne l'ordre de lui vendre ses toiles de Hollande au comptant; le commissionnaire trouve les toiles en hausse, et pas un acheteur au comptant, il achète à terme; l'acheteur fait faillite : de là procès entre le commissionnaire et le commettant. Casaregis déclara le commissionnaire non responsable, parce qu'il avait agi au mieux des intérêts du commettant, d'après les circonstances [1].

J'admets le principe, mais je n'admets pas que l'application en puisse être aussi large. Le commissionnaire ne doit pas substituer ses propres prévisions aux prévisions du commettant; il risquerait ainsi de troubler les spéculations les mieux combinées, et de paralyser les meilleurs effets d'une prudence qui pourra paraître quelquefois exagérée, et que souvent l'événement viendra justifier. Ainsi, dans l'espèce, il est possible que le commettant voulût vendre au comptant, parce qu'il se méfiait de la solidité de la place.

Pour que la substitution d'une chose à une autre soit légitime, il faut non pas une utilité vraisemblable, mais une nécessité impérieuse. Ainsi, par exemple, un commissionnaire de Marseille reçoit l'ordre d'expédier des marchandises à Palerme; il apprend que, par suite de circonstances politiques, le port de Palerme est bloqué; les marchandises se déprécient sur la place où elles se trouvent; le commettant est éloigné, pressé de vendre, afin d'avoir les retours le plus tôt possible; le commissionnaire expédie à Messine, en cela il agit comme un bon négociant, et dès lors il ne saurait être

[1] V. MM. Del. et Lep., II, n° 70. Ils approuvent la décision de Casaregis sans réserve.

responsable des cas fortuits qui pourraient survenir.

359. 3° *Reddition de compte.* — Le commissionnaire doit rendre compte de sa gestion ; ici encore nous renvoyons au mandat (V. nos 318-319).

La responsabilité du commissionnaire est la même que celle du mandataire, seulement on doit prendre pour type de comparaison, non pas un bon père de famille, mais un *bon commerçant* [1]; et, en outre, on doit appliquer avec rigueur la responsabilité relative aux fautes, parce que la commission, en principe, est toujours salariée.

Quant aux cas de force majeure, ils déchargent le commissionnaire comme le mandataire, et c'est à lui à en faire la preuve ; mais cette preuve peut se faire, en général, par tous les moyens possibles; il n'y a exception que pour les commissionnaires de transports ; ceux-ci ne peuvent se prévaloir de la force majeure qu'en la faisant constater légalement, c'est-à-dire par procès-verbal régulier (art. 97). Le commissionnaire peut prendre à ses risques l'exécution du contrat par une clause expresse et spéciale qu'on appelle *du croire;* il répond alors même des cas fortuits. Nous reviendrons plus tard sur ce point (V. nos 362-363).

SECTION II. — OBLIGATIONS DU COMMISSIONNAIRE VIS-A-VIS DES TIERS.

360. Ces obligations varient, selon qu'il agit au nom du commettant ou en son nom propre. Nous avons vu que les art. 91 et 92 admettent l'un et l'au-

[1] Selon MM. Del. et Lep., t. II, n° 220, le commissionnaire est tenu de la faute la plus légère : ce système est contraire à l'esprit de notre droit. La faute est appréciée avec plus ou moins de rigueur, mais toujours d'après un type abstrait.

tre mode d'action ; tous deux sont utiles, tour à tour, selon que le commettant veut garder le secret ou bien rendre ses opérations publiques ; selon qu'il veut user de son propre crédit ou emprunter le crédit d'un autre. Mais le mode commercial par excellence, le mode qui est propre à la commission et consacré par un usage à peu près universel, c'est celui qui efface le commettant derrière le commissionnaire et qui fait agir celui-ci en son nom propre. Il est facile de justifier cette préférence ; pour opérer avec avantage sur une place, il faut y être connu ; le commissionnaire, qui habite sur les lieux, peut faire en son nom ce qui serait quelquefois impossible au nom du commettant.

Ainsi, le commissionnaire agira toujours en son nom, sauf convention expresse [1] ; il peut agir aussi sous un nom social (art. 91), c'est-à-dire au nom d'une société dont il fait partie et dont il a la signature [2].

Si le commissionnaire agit au nom du commettant, il n'est tenu vis-à-vis des tiers que de leur donner connaissance exacte de ses pouvoirs (C. Nap., art. 1997 auquel se réfère l'art. 92 du C. comm.).

S'il agit en son nom, il est tenu vis-à-vis d'eux personnellement, comme si l'opération était faite pour son compte. Une des conséquences de cet engagement personnel vis-à-vis les tiers, c'est que ceux-ci pourront compenser ce qu'il leur doit avec ce qu'ils lui

[1] *Sic* MM. Del. et Lep., II, n° 270.

[2] Quelques personnes ont cru voir dans les termes de l'art. 91 une prohibition pour les sociétés anonymes de faire la commission, parce que, disent-elles, les sociétés anonymes n'ont pas de nom social. On peut répondre que l'art. 91 a prévu le cas ordinaire, la société anonyme se prêtant peu, par sa nature même, aux détails minutieux de la commission ; aucun motif ne vient corroborer l'argument *a contrario* tiré du texte de l'article, et on ne voit pas trop comment on justifierait cette exclusion. *Sic* M. Bravard-Veyrières, p. 161.

doivent, et cette compensation sera opposable au commettant qui voudrait agir contre eux, en vertu de l'article 1166 (C. Nap.), pourvu qu'elle soit antérieure à la faillite (art. 575 C. comm.)[1].

CHAPITRE VI.

OBLIGATIONS DU COMMETTANT.

SECTION I. — Envers le commissionnaire.

361. Le commettant a deux sortes d'obligations envers le commissionnaire : le *rendre indemne* et *payer la commission*.

1° *Payement de la commission*. — Un des grands principes qui dominent le droit commercial, c'est le besoin d'une réciprocité exacte et rigoureuse. Le commerce a pour but l'échange et la circulation des *valeurs;* tout ce qui est gratuit lui est étranger; sa maxime est rien pour rien; il paye et escompte les choses les plus immatérielles en apparence; la confiance, par exemple, qui prend le nom de crédit. — Aussi, de l'aveu de tous les jurisconsultes et par suite d'un usage enraciné d'une manière inébranlable [2], l'art. 1986 du

[1] *Sic* M. Massé. V. n° 374 et suiv.

[2] Il ne faut pas abuser en matière commerciale de l'autorité de l'usage ; mais cette autorité est légitime toutes les fois qu'il s'agit d'interpréter les conventions et de régler, *entre les parties*, les effets qui en résultent. L'usage est une espèce de contrat tacite. Lorsqu'il s'agit, au contraire, d'invoquer des droits contre les tiers, il faut alors s'appuyer sur un texte de loi, car les conventions n'ont d'effet qu'entre les contractants.

C. Nap. est inapplicable à la commission, ou plutôt on doit le retourner et dire: *La commission est salariée, s'il n'y a convention contraire.*

Le salaire prend lui-même le nom de commission, tant il est vrai qu'il lui est, en quelque sorte, inhérent. Il consiste en une somme proportionnée à celle que recouvre le commissionnaire, pour le compte du commettant. En général, il est de 2 pour 100 sur le brut; si on l'établissait sur le net produit de l'opération, il se réduirait souvent à presque rien, par suite des frais de toute sorte qu'entraînent les affaires commerciales.

362. *Del credere.* — Quelquefois la commission est du double, 4 pour 100; le commissionnaire demeure alors ce qu'on appelle du croire, *del credere*, et en cette qualité il est tenu même des cas fortuits; ainsi, il répond de la perte des marchandises par suite d'incendie, de naufrage, etc.; il répond de l'insolvabilité des débiteurs; de tout ce qui est inévitable et imprévu [1].

La convention *del credere* est une véritable *assurance* [2]; elle en renferme tous les éléments: une *chose assurée* (les objets expédiés ou les valeurs à recouvrer), des *risques* (risques de perte ou d'insolvabilité), une *prime* (la commission double, 4 pour 100). Nous en tirerons cette conclusion, que le commissionnaire doit la valeur des choses perdues, estimée *au moment du sinistre.*

363. Le du croire ne change pas la nature de la

[1] V. MM. Del. et Lep., t. II, n° 301, et la jurisprudence du Tribunal de commerce de Marseille, citée par eux.

[2] Casaregis, Disc., 56, n°s 4 et 20; MM. Massé, VI, n°s 337 et suiv.; Del. et Lepoitvin, II, n°s 300 et suiv.; Troplong, *Cautionnement*, n° 37, et *Mandat*, n°s 373 et suiv.

commission [1]. Le contrat reste le même, sauf en ce qui concerne la responsabilité du commissionnaire ; la stipulation même d'un droit de commission exclut toute idée de vente. D'ailleurs ce qui démontre, d'une manière invincible, la persistance de la commission, c'est qu'au cas de vente la marchandise est aux risques de l'acheteur, dès le moment de la conclusion du contrat ; ici, au contraire, la marchandise est aux risques du commissionnaire, tant qu'elle n'a pas été livrée entre les mains du commettant. Une des conséquences les plus pratiques de cette doctrine, c'est le droit pour le commettant de revendiquer les marchandises achetées par le commissionnaire pour son compte. Quant à la question de savoir si l'art. 420 C. pr. civile est applicable au commissionnaire, elle ne saurait être considérée comme résolue, par cela seul que le contrat de commission subsiste dans son intégrité. En effet, l'art. 420 indique la compétence du tribunal pour le cas où il y a promesse de livraison ; or, il peut très-bien y avoir livraison promise, sans que le contrat de vente soit intervenu. C'est ce qui résulte de plusieurs arrêts [2].

364. 2° *Rendre le commissionnaire indemne.* — Pour cela il doit d'abord lui rembourser ses *avances* et *frais ;*

[1] *Sic* Pardessus, n° 1555 ; Orillard, *Comp. comm.*, n° 614 ; Chauveau sur Carré, *Quest.* 1508 ; Delamarre et Lepoitvin, t. II, n[os] 307 et 373 ; Cass., 22 janvier 1818 ; *Ibid.*, 21 juillet 1819 ; Lyon, 14 juin 1824 ; Toulouse, 17 décembre 1825 ; *Ibid.*, 7 février 1825 ; Colmar, 30 mai 1831 (32, 2, 8) ; Bordeaux, 22 mars 1836 (37, 2, 138) ; Lyon, 29 décembre 1842 (43, 2, 423) ; *Contra*, Bordeaux, 7 décembre 1846 (47, 2, 264). Cet arrêt décide que le commissionnaire devient acheteur ou vendeur lorsqu'il achète ou vend pour le compte du commettant ; dans l'espèce, il n'y avait aucune stipulation de du croire.

[2] Cass., 8 mars 1827 ; 26 février 1839 (39, 1, 172) ; Colmar, 17 février 1840.

les avances fussent-elles étrangères à l'objet de la commission, il est certain que le commettant en est débiteur: là-dessus, pas de difficultés; elles s'élèveront plus tard quand il s'agira du *privilége* du commissionnaire. Quant aux frais, on s'est demandé s'ils étaient remboursables lorsqu'ils avaient lieu à propos d'une opération illicite; ainsi, par exemple, frais de courtage clandestin. La Cour de cassation a décidé l'affirmative, par arrêt de rejet du 27 mars 1843[1]. Cette solution me paraît exacte. Le commettant peut demander la nullité de l'opération; mais s'il en accepte les résultats et par conséquent la validité, il ne peut se refuser à la comprendre dans le compte des déboursés du commissionnaire. Le commettant doit ensuite indemniser le commissionnaire des *pertes* qu'il éprouve, sans sa faute, *à l'occasion* de la commission (art. 2000). MM. Delamarre et Lepoitvin [2] refusent d'appliquer ici l'art. 2000 du Code Nap.; peut-être se sont-ils laissés un peu entraîner par leur désir de multiplier les dérogations du droit commercial au droit civil. Le commettant, suivant leur doctrine, n'est responsable que des pertes dont la commission a été la cause. C'était aussi la doctrine de Pothier [3]. A vrai dire, l'occasion est une véritable cause; mais pour eux la commission n'est la cause d'une perte qu'autant qu'il y a *faute* du commettant. Vous me donnez ordre d'aller moi-même à Alger vendre vos marchandises; en mer, je suis surpris par une tempête et je perds mon bagage: en êtes-vous responsable? Non, car vous

[1] Rejet, Req. Dev., 43, 1, 316; *Adde*, Cass., 20 août 1827, remboursement des sommes dépensées pour acheter la justice en pays étranger.

[2] Nos 311 et suiv., t. II.

[3] Nos 75 et 76.

n'êtes pas en faute. Que si, au contraire, vous m'eussiez chargé de voyager dans un pays connu pour les dangers qu'il présente, par exemple, dans les déserts d'Afrique, où le simoun menace de tout engloutir sous les sables, vous seriez tenu. — Je ne saurais admettre cette distinction, pas plus en droit commercial qu'en droit civil. Toutes les fois que le commissionnaire subit une perte qu'il n'aurait pas éprouvée sans l'exécution du mandat, il doit être rendu indemne. Sans doute, si je suis victime d'un naufrage dans une traversée que j'ai l'habitude de faire pour mes propres intérêts, vous ne me devrez aucune indemnité; mais alors la commission n'a été ni la cause, ni l'occasion de l'accident; que si, au contraire, je fais la traversée exprès pour vous, il est juste que vous me teniez compte des pertes qu'elle me cause, même par suite de cas fortuits. C'est là le principe posé par Africain dans la loi 61, § 5, *De furtis* : — *Justissime enim allegare non fuisse se id damnum passurum, si id mandatum non suscepisset.*

Bien entendu, l'indemnité pour pertes n'est pas admise dans le cas où le commissionnaire est du croire; c'est là le but même de la convention.

365. Enfin, le commettant doit indemniser ou garantir le commissionnaire des *engagements personnels* qu'il a contractés envers les tiers.

Quand les obligations du commissionnaire sont à terme, par quel mode le commettant devra-t-il s'acquitter? S'il paye comptant, il donne plus qu'il ne doit; d'un autre côté, le commissionnaire ne peut rester exposé à l'insolvabilité du commettant pendant toute la durée du terme. Voici les moyens auxquels on a généralement recours : *novation*, si elle est ac-

ceptée par le créancier, le commettant est substitué au commissionnaire; *garantie* donnée au commissionnaire par le commettant, et qui consiste en une hypothèque, un nantissement de marchandises, une remise d'effets à terme et de tout repos, etc., etc.; enfin, payement au comptant, mais sous *escompte* : c'est une règle universelle dans le commerce que tout ce qui est dû à terme s'escompte au comptant.

SECTION II. — Obligations du commettant envers les tiers.

360. En principe, le commettant n'est pas engagé vis-à-vis les tiers. Il en sera autrement si la commission est exécutée en son nom, ou bien si elle est exécutée au nom du commissionnaire, avec faculté de désigner plus tard le nom du commettant. Cette désignation a effet rétroactif.

On a prétendu que le commettant serait tenu envers les tiers, *même dans le silence de l'acte*, si le commissionnaire a agi, *nomine procuratorio*[1]. Je ne saurais admettre cette opinion; la commission doit être présumée faite au nom du commissionnaire; pour détruire cette présomption, il faudrait une convention expresse. D'ailleurs, les tiers sont en faute d'avoir traité avec une personne qui agit au nom d'une autre, sans lui faire exhiber ses pouvoirs.

Quant au commissionnaire, il est indubitable qu'il a commis une faute très-grave, car le commettant pouvait avoir un immense intérêt à ne pas se faire connaître. Néanmoins il est un cas où le commettant se trouverait engagé, malgré lui, vis-à-vis des tiers; c'est le cas où il aurait donné pouvoir d'agir en son

[1] V. MM. Del. et Lep., t. II, n° 253.

nom, et où le commissionnaire aurait fait un emploi multiple de la procuration. Les tiers ne peuvent être accusés de négligence, car il leur est impossible de deviner si la commission a déjà été exécutée. Le commettant est en faute d'avoir mal placé sa confiance.

CHAPITRE VII.

GARANTIES SPÉCIALES DES DROITS DU COMMISSIONNAIRE ET DU COMMETTANT.

SECTION I. — SOLIDARITÉ.

367. Nous avons vu que, d'après l'art. 2002 du Code Nap., la solidarité existait entre les comandants, mais non entre les comandataires. D'autre part, l'art. 1202 déclare « que la solidarité ne se présume point, il faut qu'elle soit expressément stipulée. — Ces règles ne cessent que dans les cas où la solidarité a lieu de plein droit, en vertu d'une disposition de la loi. » Aucun texte ne déroge à ces principes en faveur du commissionnaire. Néanmoins des auteurs modernes ont cru pouvoir établir que la solidarité était la règle dominante du droit commercial, et se présumait entre codébiteurs négociants [1]. Ils citent à l'appui de leur doctrine divers passages de nos vieux jurisconsultes et quelques monuments de notre ancienne jurisprudence [2].

[1] *Sic* Frémery, p. 22 et suiv.; Del. et Lep., II, n° 153; Troplong, *Mandat*, n° 497.

[2] Bartole, *Ad. l. q. ff. De duobus reis*, quæst. 7, n° 9; Straccha, *De*

M. Massé [1], dans une savante dissertation, a réfuté ces arguments d'une manière victorieuse; il a ruiné par la base le système de ses adversaires, en faisant voir que les textes invoqués par eux supposaient toujours entre les débiteurs solidaires pour cause de négoce une association expresse ou tacite. C'est ce que dit Pothier (n° 266) : « Deux marchands qui achètent ensemble une partie de marchandise, quoiqu'ils n'aient d'ailleurs aucune société entre eux, *sont censés associés* pour cet achat, et comme tels ils sont obligés solidairement, quoique la solidarité ne soit pas exprimée [2]. »

Du reste, ce qui prouve bien que la solidarité n'est pas plus la règle en matière commerciale qu'en matière civile, ce sont les articles 22, 140 et 187 où le législateur prend la peine de l'établir, par une disposition formelle, à l'égard des associés en nom collectif et des souscripteurs d'une lettre de change ou d'un billet à ordre.

Ainsi l'art. 1202 du Code Nap. est applicable aux commissionnaires; mais il ne faut pas en exagérer la rigueur. La Cour de cassation a reconnu avec raison que la solidarité pouvait résulter de l'interprétation des actes [3], et l'on sait qu'en matière commerciale

Mercatura, passim; Rote de Gênes (déc. 30 n° 5, et 46 n° 5); Parlement de Toulouse (17 juin 1762); Bornier, II, p. 471; Pothier, *Oblig.*, n° 266.

[1] T. V., n°s 8 et suiv., n° 96; *Sic* Dalloz, *Rép. de Jurisp.*, v° COMMISSIONNAIRE, n° 83.

[2] Aujourd'hui un pareil fait ne pourrait constituer qu'une société en participation, et par suite n'entraînerait pas la solidarité. V. Bordeaux, 23 juin 1853, et Agen, 23 novembre 1853 (Dev., 54, 2, 23), et les autorités citées à la note 3.

[3] Req., Rejet, 9 janvier 1838 (38, 1, 746).

l'intention des parties peut être établie par tous les moyens que le juge estime efficaces et convenables (art. 109 C. comm). De plus, la responsabilité du commissionnaire doit toujours être appréciée d'après le type abstrait du bon commerçant. Or, un bon commerçant doit non-seulement veiller à ses propres opérations, mais, en outre, suivre d'un œil attentif les opérations de ceux qui agissent avec lui; dès lors, par cela seul que deux commissionnaires agissent ensemble, en vertu d'une commission acceptée en commun, ils répondent de leurs fautes réciproques. Il importe donc de bien constater si leurs attributions sont distinctes ou confondues; dans ce dernier cas, ils ont réuni leurs ressources, concentré leurs efforts, augmenté leur crédit, mais aussi leur responsabilité reste entière; elle est en quelque sorte indivisible, comme l'objet même du mandat, car l'affaire ne saurait péricliter entre les mains de l'un, sans que la vigilance de l'autre ne soit en faute [1].

SECTION II. — Revendication.

§ 1. — Revendication par le commettant.

368. Le commettant qui expédie des marchandises ou des valeurs à un commissionnaire ne lui en transfère pas la propriété. De là il résulte qu'au cas de faillite de celui-ci, il peut les revendiquer, alors même qu'elles sont déjà entre ses mains; mais il faut qu'elles soient individualisées et reconnaissables. Les art. 574

[1] *Sic* Paris, 26 avril 1836 (36, 2, 263); V. Aix, 19 juillet 1843 (Dalloz, v° Commissionnaire, n° 83, note 2). Ce dernier arrêt décide qu'il n'y a pas solidarité dans le cas où les attributions sont divisées.

et 575 du C. comm., qui consacrent ce droit de revendication, exigent que les effets remis ou les marchandises expédiées se retrouvent *en nature.*

Quand il s'agit d'effets de commerce, ces mots signifient qu'ils doivent se retrouver identiquement les mêmes; car toute transformation en une autre valeur détruit leur nature. — S'il s'agit de marchandises, il faut entendre que la chose n'a pas changé d'espèce, mais non, comme dans l'art. 2102, qu'elle n'a pas changé d'état; ainsi, par exemple, des laines, quoique teintes depuis leur réception, pourraient être revendiquées. Si elles ont été transformées en drap, il y a alors *spécification*, comme disaient les Romains, création d'une nouvelle espèce, la chose ne se retrouve plus en nature.

La revendication s'étend même au *prix encore dû.* L'art. 575, 2ᵉ alinéa, définit le sens de ces mots; le prix est dû, lorsqu'il n'est *ni payé, ni réglé en valeur, ni compensé en compte courant* entre le failli et l'acheteur. La compensation éteint la dette comme le payement, et nous avons vu qu'elle pouvait avoir lieu entre le commissionnaire et l'acheteur (V. n° 360).

369. Quant au règlement en valeur, il opère novation, il substitue une dette à une autre.

De là, MM. Delamarre et Lepoitvin [1] ont cru pouvoir conclure que si les billets donnés en règlement n'étaient pas payés, ils pourraient être revendiqués par le commettant. — Mais cette doctrine nous paraît insoutenable en présence des termes de l'art. 575, 2ᵉ al.; on ne saurait rien imaginer de plus absolu et de plus formel. Tant que la créance primitive subsiste, il est

[1] T. II, nᵒˢ 376 et 377.

aisé de la reconnaître dans l'actif du failli, et dès lors la revendication du commettant est admise; mais quand la créance primitive a disparu pour faire place à une *nouvelle* créance, causée peut-être d'une manière vague et générale, par exemple, pour compte, il serait difficile d'apprécier au juste si elle a pour origine la vente des marchandises du commettant ou toute autre cause. Tel est l'esprit du législateur; il est conforme à la lettre même de la loi, et le texte est d'autant plus remarquable sur ce point, que ses expressions contredisent d'une manière formelle l'ancienne jurisprudence, laquelle assimilait à la dette du prix le règlement du prix en billets, pourvu que leur date correspondît à celle de la vente constatée dans le livre journal [1]; si le Code de commerce avait voulu suivre la même doctrine, il eût exigé les mêmes conditions.

370. Enfin, une dernière condition pour l'existence du droit de revendication, c'est que la remise ait eu lieu *avec désignation spéciale*, sinon elle entrerait en compte courant, et le commettant aurait perdu toute espèce de droit de propriété, et par conséquent de revendication sur elle; il se trouverait seulement crédité du montant, c'est-à-dire que le montant serait porté à son crédit et compensé avec le débit, lors du règlement du compte courant.

§ 2. — Revendication par le commissionnaire.

371. Cette sorte de revendication paraît impossible au premier abord, puisque le commissionnaire, même du croire, ne devient pas propriétaire des marchandises qu'il achète pour le compte de son

[1] Merlin, *Répertoire*, v° COMMISSIONNAIRE, § 3.

commettant. Néanmoins, nous admettrons, avec la jurisprudence et la majorité des auteurs [1], que le commissionnaire peut invoquer l'art. 576 du Code de commerce, non pas, comme le prétendent MM. Delamarre et Lepoitvin, en vertu de l'usage commercial, mais en vertu de la subrogation légale aux droits du vendeur. En effet, aux termes de l'art. 1251 Code Nap., « la subrogation a lieu de plein droit..... 3° Au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres *ou* pour d'autres au payement de la dette, avait intérêt de l'acquitter.»

Le commissionnaire était tenu *pour* un autre, car il négociait l'affaire du commettant et exécutait ses ordres. D'autre part, il avait *intérêt* à payer le prix des marchandises, car il agissait en son nom personnel et se trouvait personnellement engagé vis-à-vis du vendeur. La double condition exigée par la loi est donc accomplie. En vain on objecte que le commettant ne contracte pas avec les tiers, que le vendeur n'a aucun droit contre lui, et que le commissionnaire ne peut se prétendre subrogé dans les priviléges attachés à une créance inexistante. Sans doute, le commettant n'est pas tenu vis-à-vis du vendeur en vertu d'un contrat qui lui demeure étranger, mais il est tenu comme propriétaire de la marchandise achetée; il n'est pas tenu *ob personam*, mais il est tenu *ob rem*, et cela suffit pour qu'il soit soumis à l'action en revendication du vendeur; cela suffit pour que le commissionnaire ait le droit de lui dire : J'ai payé pour vous, je vous ai libéré des poursuites du revendiquant, je demande

[1] *Sic* Cass., 14 novembre 1810; Rouen, 4 janvier 1825; Rejet, Req., 18 avril 1843 (Dev., 43, 1, 526); Merlin, *Rép.*, v° REVENDICATION, § 1; VI *bis*; Pardessus, t. II, n° 563; Persil, *Rég. hyp.*, art. 2102, n° 22; MM. Dalloz, v° COMMISSIONNAIRE, n°s 49-50; Delamarre et Lepoitvin, II, n° 595. *Contra*, M. Troplong, *Nantissement*, n°s 354-372.

collocation par subrogation aux droits de ce dernier.

Bien entendu, il faut supposer que les marchandises achetées par le commissionnaire n'ont pas encore été livrées au failli ; sans cette circonstance, le vendeur lui-même ne pourrait revendiquer (V. le 1[er] alinéa de l'art. 576), et dès lors toute subrogation en faveur du commissionnaire serait impossible.

SECTION III. — Droit de rétention.

372. Nous avons vu que le mandataire avait un droit de rétention sur la chose du mandant (n° 327). Nous avons expliqué en quoi consistait ce droit. Rappelons-le en quelques mots : 1° il suppose la *détention effective* de la chose ; 2° il est établi en faveur de créances nées à l'occasion de la chose ; dans l'espèce, en faveur des frais et salaires, mais rien de plus ; 3° il donne le droit de retenir la chose jusqu'à parfait payement, non de se faire colloquer par préférence sur le prix.

Le commissionnaire a aussi le droit de rétention ; cela est indubitable, puisque ce droit est établi en faveur de tout individu qui détient la chose à raison de laquelle il est créancier. Mais, en outre, il jouit d'un privilége en vertu des art. 93, 94 et 95 du Code de commerce.

SECTION IV. — Privilége du commissionnaire.

§ 1. — Théorie générale.

373. Les articles 93, 94 et 95 sont ainsi conçus :

Art. 93. « Tout commissionnaire qui a fait des *avances sur* des marchandises à lui *expédiées d'une autre*

place pour être *vendues pour le compte* d'un commettant a PRIVILÉGE pour le remboursement de ses avances, intérêts et frais, sur la valeur de ces marchandises, si elles sont *à sa disposition* dans ses magasins ou dans un dépôt public, ou si, avant qu'elles soient arrivées, il peut constater par un *connaissement* ou par une *lettre de voiture* l'expédition qui *lui* en a été faite.»

Art. 94. « Si les marchandises ont été vendues et livrées pour le compte du commettant, le commissionnaire se rembourse sur le *produit de la vente* du montant de ses avances, intérêts et frais, par *préférence* aux créanciers du commettant. »

Art. 95. « Tous prêts, avances ou payements, qui pourraient être faits sur des marchandises déposées ou consignées par un individu *résidant dans le lieu du domicile du commissionnaire*, ne donnent privilége au commissionnaire ou dépositaire qu'autant qu'il s'est conformé aux dispositions prescrites par le Code civil, livre III, titre XVII, pour les prêts sur gages ou nantissements. »

374. Ces articles ont soulevé dans la doctrine et dans la pratique les controverses les plus graves; les recueils de jurisprudence sont remplis d'arrêts importants rendus en cette matière; les auteurs présentent et discutent de nombreux systèmes, appuyés sur de savantes recherches et sur d'ingénieuses théories; il n'y a peut-être pas de question qui préoccupe plus vivement les intérêts des négociants, et qui en même temps touche d'une façon plus intime aux principes les plus essentiels du droit commercial.

Quelle est la source de ces controverses si fécondes en procès et si nuisibles à la sécurité des transactions? Elle se trouve, selon nous, dans une certaine tendance

qui s'est manifestée depuis quelque temps, et qui consiste à opposer à la loi écrite je ne sais quelle coutume vague et incertaine. On ne viole pas ouvertement les textes, mais on les interprète légèrement, sans les sonder, sans les approfondir, sans les éclairer par les documents où le législateur nous dévoile le secret de ses intentions et de ses pensées. On courbe la loi sous les nécessités d'un système préconçu ; on la fausse dans son esprit et dans sa lettre ; on la subordonne aux caprices mobiles de l'usage, et quelquefois même aux fantaisies d'une imagination facile et brillante. Cette tendance s'est emparée peu à peu de l'esprit des jurisconsultes, et la jurisprudence n'a pas toujours su lui résister. Il importe au plus haut point de la combattre. Le respect scrupuleux de la loi est un devoir auquel il n'est jamais permis de faillir, pas plus en matière de droit commercial qu'en toute autre matière juridique. Il est vrai que les rédacteurs du Code de commerce étaient assez peu imbus des principes de l'économie politique, et qu'ils ne pressentaient pas encore toutes les ressources du crédit; mais si le Code est défectueux sous ce rapport, c'est aux publicistes qu'il appartient de le démontrer, et au pouvoir législatif qu'incombe la tâche d'introduire les modifications nécessaires. Du reste, ces rédacteurs n'étaient pas, comme on semble le croire, des théoriciens et des docteurs, mais bien des hommes de pratique et d'expérience [1]. Nous verrons plus tard que les articles par

[1] *Décret du 13 germinal an IX.* — Art. 1er. « Il sera établi auprès du ministre de l'intérieur une commission composée de sept membres, qui sont chargés de concourir à la rédaction d'un Code de commerce.

Art. 2. « Les sieurs Gorneau, juge au Tribunal d'appel à Paris, Vignon, président du Tribunal de commerce ; Boursier, ancien juge du com-

eux rédigés, et interprétés rigoureusement, comme ils doivent l'être, n'en sont pas moins conformes aux véritables besoins du commerce.

Sous l'empire des tendances que nous venons de signaler, plusieurs préjugés se sont répandus; nous nous efforcerons tout d'abord de les dissiper et d'établir à leur place les vrais principes à l'aide desquels nous trouverons ensuite la solution légitime de toutes les difficultés de détail.

375. *Il n'y a pas d'antinomie entre l'article* 93 *et l'article* 95. — Une première question se présente. Les textes en eux-mêmes sont-ils obscurs? Je ne le crois pas; rien de plus simple que l'économie des articles 93, 94 et 95. — L'art. 93 établit le privilége en faveur du commissionnaire, sous certaines conditions qu'il énumère. L'art. 94 étend ce privilége au prix des marchandises vendues. L'art. 95 le restreint au cas où le commissionnaire et le commettant n'habitent pas le même domicile.

Cependant on a cru voir une sorte d'antinomie entre les art. 93 et 95 : l'art. 95, dit-on, ne refuse le privilége que dans un cas; or, on peut se trouver en dehors du cas prévu par cet article, sans remplir les conditions voulues par l'art. 93. Que décider dans cette hypothèse? Les uns cherchent à concilier les deux articles, les autres font prévaloir l'art. 95 sur l'art. 93; d'autres encore, l'art. 93 sur l'art. 95; de là des systèmes confus et embrouillés, des hésitations et des divergences dans les arrêts.

Heureusement, toutes ces difficultés disparaissent

merce; Legras, jurisconsulte; Vital Leroux, négociant; Coulomb, ancien magistrat; Mourgue, administrateur des hospices, sont membres de cette commission. »

devant un examen attentif de la loi. L'art. 93 pose une règle ; l'art. 95 y déroge ; c'est-à-dire que l'art. 95 vient ajouter, sous une forme négative, une nouvelle condition aux conditions exigées par l'art. 93.

Ainsi, aucune difficulté ne peut naître du texte lui-même, du moins en ce qui concerne l'économie générale de ses dispositions.

376. *Véritables limites des articles* 93 *et* 95. — Après avoir méconnu le sens naturel des art. 93 et 95, on a étendu leur portée au delà des limites de la commission ; on les a considérés comme une espèce de petit traité sur le nantissement commercial [1]. Ce point de vue n'est pas exact, et nous espérons le démontrer. Le législateur, dans les art. 93 et 95, n'a eu d'autre but que de favoriser le contrat de commission ; loin de vouloir assimiler à la commission le contrat de nantissement, il a rédigé l'art. 95 pour empêcher d'attribuer à l'un les bénéfices de l'autre.

377. Voyons les précédents historiques. Sous l'ancien régime, l'édit de 1673 exigeait un acte notarié pour toute espèce de prêt sur gages, en matière de commerce comme en matière civile ; la coutume, alors toute puissante, venait adoucir les rigueurs de l'édit, et conférait au commissionnaire une sorte de saisie naturelle sur les marchandises qu'il détenait. Ce privilége, reconnu par les uns [2], contesté par les autres [3],

[1] V. à peu près tous les auteurs, mais particulièrement MM. Massé, Troplong, Delamarre et Lepoitvin.

En sens inverse, V. Bécane, *Quest. de droit commercial*, t. I, XVII.

[2] V. Valin, I, p. 610 ; Statuts de Gênes, liv. IV, ch. XIV ; Denizart, v° REVENDICATION, n° 13.

[3] Savary, dans son *Parfait négociant*, n'en parle pas. Il recommande au commissionnaire de constater par un acte notarié ses conventions avec le commettant, et cela pour se conformer à l'édit de 1673 (Savary, t. I, part. I, p. 100).

ne fut jamais appliqué en dehors du cas de commission. C'est pour cela que Valin le justifiait en ces termes : « ... Tant les opérations qui produisent la *circulation* vive du commerce sont favorables. » Il est évident que ce qui produit la circulation vive du commerce, ce n'est pas le prêt sur gages, qui peut se faire sans aucune espèce de circulation, mais bien le contrat de commission, et les expéditions qui en sont la suite.

378. Si les rédacteurs avaient voulu faire de ce privilége la règle du nantissement commercial, ils auraient consacré un chapitre particulier à une pareille innovation. Tout au contraire, que font-ils? Ils placent les art. 93-95 sous cette rubrique : « Titre VI, des *Commissionnaires*, section Ire, des *Commissionnaires* en général. » Dans l'art. 93, de qui parlent-ils? du *commissionnaire* et du *commissionnaire seul*. Il en est de même dans l'art. 95. Le texte dit, il est vrai, «..... ne donnent privilége au commissionnaire ou *dépositaire*. » Faut-il en conclure, comme le font les auteurs, les uns d'une manière expresse [1], les autres d'une manière tacite [2], que le prêteur sur gages non commissionnaire est soumis à l'art. 95? Non, car il en résulterait logiquement une contradiction choquante : le privilége introduit en faveur du commissionnaire serait plus difficilement accessible pour lui que pour tout autre. En effet, il devrait remplir les conditions exigées par l'art. 93, tandis que le prêteur sur gages ne serait tenu que de la seule condition imposée par l'art. 95. Un pareil résultat est inadmissible.

Pourquoi donc les rédacteurs du Code ont-ils ajouté

[1] M. Thiercelin (*Dr. comm.*, p. 119-122).
[2] MM. Troplong, Massé, Delamarre et Lepoitvin, etc.

le mot « dépositaire ? » C'est pour l'opposer à ces mots : marchandises « déposées ou consignées. » Les marchandises consignées sont les marchandises en cours d'expédition, celles dont le dépôt matériel n'est pas encore effectué ; les marchandises déposées sont celles qui se trouvent réellement et matériellement entre les mains du commissionnaire. Le législateur insiste sur cette dernière circonstance, parce qu'elle aurait pu paraître plus favorable ; il veut éviter le doute et subordonner dans les deux cas l'existence du privilége à la séparation des domiciles entre les contractants.

Un autre texte confirme encore notre interprétation, c'est l'art. 576, relatif à la revendication des marchandises par le vendeur. Il repousse cette revendication pour le cas où les marchandises sont entrées dans les magasins du *commissionnaire ;* c'est donc le commissionnaire seul auquel le privilége est accordé.

379. On le voit, les précédents historiques et les textes du Code suffiraient pour démontrer que les articles 93-95 ne concernent point le contrat de nantissement, et qu'ils doivent être limités au contrat de commission. Ce n'est pas tout, et il nous reste à invoquer un dernier argument que nous croyons irrésistible. Le législateur lui-même a formulé sa pensée de la manière la plus précise dans un document qui devrait être connu de tous, et qui cependant n'a pas encore paru au débat. Je veux parler du discours préliminaire de la commission instituée pour la rédaction du Code de commerce.

Voici le passage qui concerne les commissionnaires. Il est important de le reproduire en entier, car il jette une vive lumière sur notre sujet.

«... Le commissionnaire qui agit en son nom ou sous un nom social est un commerçant dont les opérations consistent dans l'achat, la vente ou la transaction de marchandises pour le compte du commettant, moyennant un droit de commission convenu.

« Les anciennes lois n'avaient rien statué à l'égard des commissionnaires; leurs droits et leurs devoirs étaient déterminés par des coutumes ou des usages locaux et par la jurisprudence des tribunaux de commerce.

« Le commerçant qui fait des *expéditions* ne peut les suivre lui-même; le commissionnaire lui épargne tous les frais de déplacement et de voyage en se chargeant du transport et de la vente des marchandises, il offre encore des facilités à l'*expéditeur*, en lui accordant des avances ou des anticipations sur leur produit.

« Le commissionnaire qui fait ainsi des avances ne prête pas à la personne, il prête à la chose, c'est-à-dire à la marchandise, puisque c'est une anticipation qu'il fait sur son produit, et dont il se rembourse lorsqu'il en effectue la vente. Il est constant que sans le *mandat qui le charge de vendre* pour le compte du commettant il n'y aurait point d'anticipation, puisqu'elle est un *à-compte* sur le produit d'une marchandise qui devient le garant du contrat; il était donc juste d'accorder *au commissionnaire un privilége* que les usages ont établi et que les besoins du commerce justifient. Il était également juste d'étendre ce *privilége* sur le produit des marchandises vendues par l'ordre et pour le compte du commettant. *La nature de ce privilége devait être déterminée;* son extension trop universelle entraînerait des *abus* qu'il était nécessaire de prévenir. Autant il

nous a paru avantageux de conserver les droits du commissionnaire qui agit de bonne foi, autant il *était* ESSENTIEL *qu'on ne pût confondre cette branche de commerce,* si utile dans les ports de mer et dans les villes manufacturières, *avec une autre espèce de commissionnaires, connus sous le nom de* PRÊTEURS SUR NANTISSEMENT.

« Ils ont chacun leur caractère qui les distingue. Le commissionnaire est un *commerçant* qui reçoit des navires ou des marchandises de la part d'autres *commerçants* comme lui; s'il fait des avances à ses commettants, c'est au cours de la place. Ces avances ne l'autorisent en aucun cas à faire des ventes forcées; *il est tenu de se conformer aux ordres du commettant.*

« Le prêteur sur nantissement ne reçoit point d'expéditions, mais il attend qu'on lui dépose un gage; il fait un prêt conditionnel sur le dépôt; il en fixe le terme, passé lequel le *gage est vendu à l'insu du propriétaire.*

« Ce sont ces ventes forcées, ces encans ouverts à chaque instant, qui détruisent toutes les proportions de la concurrence, qui réduisent l'honnête marchand à l'alternative d'un sacrifice ruineux ou d'une oisiveté funeste.

« *Quand le propriétaire peut agir et vendre lui-même, le commissionnaire est inutile.* Il est donc juste et conforme aux vrais intérêts du commerce qu'il *n'existe aucun privilége pour les avances que le* COMMISSIONNAIRE *aura faites à* UN COMMETTANT *du lieu de la résidence d'un commissionnaire; ces avances ne peuvent être considérées que comme* UN PRÊT SUR GAGES, *qui doit être soumis aux* FORMALITÉS *que la loi exige pour ces sortes de prêts.*»

(Discours préliminaire du projet de Code de commerce de la Commission, n[os] 16 et 17;—Locré, Code de commerce, t. I, p. 41, 42 et 43 [1].)

Ainsi les rédacteurs du Code distinguent avec soin le prêt sur nantissement et la commission; ils exposent les traits caractéristiques de ces contrats; ils déclarent qu'ils ont voulu favoriser le dernier et laisser le premier soumis aux formalités ordinaires de la loi; ils vont même jusqu'à expliquer pourquoi ils refusent le privilége au commissionnaire qui habite dans le lieu du domicile du commettant : c'est qu'alors le commissionnaire est inutile; le propriétaire étant sur les lieux, la commission ne sert qu'à déguiser un prêt sur gages, et dès lors elle ne mérite plus aucune faveur. Il est donc indubitable que les art. 93 et 95 règlent la condition du commissionnaire et non celle du prêteur sur gages.

380. *Quel est le droit commun en matière de nantissement commercial?*— Reste à savoir, en dehors des art. 93 et 95, quel est le droit commun en matière de nantissement commercial. Cette question, qui semble étrangère à notre sujet, s'y rattache par un double lien. En effet, il est impossible de bien préciser la nature du privilége du commissionnaire sans connaître la théorie générale du gage, en matière de commerce. En outre, l'extension donnée aux art. 93 et 95 par les auteurs et la jurisprudence a pour conséquence nécessaire d'amener la controverse sur le terrain du contrat de nantissement.

[1] V. encore l'Exposé de motifs fait par Regnaud de Saint-Jean d'Angely, n° 13 (Locré, I, p. 364), et le Discours du tribun Jard-Panvillier, n° 9 (Locré. I, p. 366); tous deux parlent du privilége de l'art. 93 comme exclusivement applicable au commissionnaire.

Selon nous, le droit commun, c'est l'article 2074 du Code Napoléon, ainsi conçu :

« Ce privilége n'a lieu qu'autant qu'il y a un *acte public* ou *sous seing privé* dûment *enregistré*, contenant la déclaration de la *somme due*, ainsi que l'*espèce* et la *nature* des choses remises en gage, ou un état annexé de leurs *qualité, poids et mesure.* — La rédaction de l'acte par écrit et son enregistrement ne sont néanmoins prescrits qu'en matière excédant la valeur de 150 fr. »

Telle est la règle du gage civil. Entre les parties, il est valable par cela seul qu'il est prouvé d'après les principes qui régissent tous les contrats. Mais pour avoir effet contre les tiers, il faut : 1° un acte écrit; 2° l'enregistrement de l'acte ; 3° déclaration de la somme due; 4° définition exacte de la chose remise en gage.

Le but de ces exigences est sensible. Le législateur a voulu prévenir les fraudes qui pourraient se commettre, au préjudice de la masse, par antidate du contrat ou mutation des choses remises en gage.

Ces sortes de fraudes sont bien plus faciles, bien plus dangereuses, et en fait bien plus fréquentes dans les affaires commerciales que dans les affaires civiles. L'intérêt du failli à se ménager des ressources après sa ruine, le grand nombre des créanciers au milieu desquels il peut choisir un complice, et, par-dessus tout, le mouvement continuel des marchandises, le tourbillon de transactions qui entraînent le négociant, toutes ces circonstances sont autant d'aiguillons pour exciter au mal, autant de masques pour le dissimuler et le couvrir. Comment donc croire, en présence de pareils dangers, que le législateur ait abandonné, sans

protection, les créanciers chirographaires? Et cependant tel est le résultat où il faut arriver, si l'on refuse d'appliquer l'art. 2074 au nantissement commercial comme au nantissement civil; le Code de commerce n'a réglé nulle part le prêt sur gages; les art. 93-95 sont (nous l'avons fait voir plus haut) des dispositions exceptionnelles, qui ne concernent que les avances du commissionnaire, rien de plus. Dès lors, on se trouve en présence de ces deux hypothèses : ou bien absence totale de règles, ou bien, comme le demandent certains jurisconsultes, empire absolu des usages, des coutumes, avec leur diversité, leur mobilité, leurs incertitudes, tous les inconvénients, en un mot, qu'on voulait et qu'on croyait faire disparaître par la rédaction du Code de commerce.

Il faut avouer que le législateur de 1807 eût été bien imprévoyant s'il eût laissé subsister un pareil état de choses. Heureusement il n'en est pas ainsi; l'art. 2074 est là comme une barrière toujours debout contre les abus que le prêt sur gages pourrait faire naître: tel est le principe qu'il faut proclamer, et que nous espérons établir d'une manière inébranlable.

381. Une jurisprudence à peu près unanime, d'accord avec la grande majorité des auteurs, reconnaît que le Code de commerce est une série de dérogations au Code civil; que l'un se rattache à l'autre comme l'exception à la règle, comme le droit particulier au droit commun. Cette doctrine, combattue avec talent par quelques jurisconsultes modernes [1], sera notre point de départ.

Nous croyons que les lacunes du Code de commerce doivent être comblées par les textes du droit civil,

[1] MM. Delamarre et Lepoitvin, t. II, Introduction.

toutes les fois du moins qu'il s'agit d'opérations qui ne sont pas exclusivement et essentiellement commerciales.

Cette sorte de rapport entre les deux Codes, ce lien intime qui les unit n'a rien d'arbitraire; il résulte de la nature même des choses. En effet, si l'on examine avec soin en quoi consistent les actes de commerce, on verra qu'ils doivent nécessairement être régis par la loi civile, dans un très-grand nombre de cas.

L'acte de commerce est un acte qui a pour mobile la spéculation, c'est-à-dire l'augmentation de la fortune, pour but la création ou la circulation des valeurs [1]. L'acte civil, au contraire, est l'acte qui a pour mobile la conservation de la fortune, pour but la consommation des valeurs. La différence qui les sépare n'est pas dans l'acte lui-même, mais dans les circonstances qui l'accompagnent. Quelquefois un acte est exclusivement commercial; cela se présente lorsqu'il naît toujours entouré des mêmes circonstances, revêtu du même caractère : telles sont les opérations de change. Mais, en général, le même acte peut passer tour à tour du domaine des transactions civiles dans le domaine du commerce.

De là il résulte qu'un acte commercial n'est pas toujours régi par une loi commerciale; car il est possible que les circonstances accessoires qui lui donnent ce caractère ne suffisent pas pour entraîner l'application de règles différentes, sauf en ce qui concerne la juridiction. Le plus souvent, le caractère commercial de l'acte modifiera sur certains points la loi civile qui

[1] J'entends ce mot dans le sens économique : toute chose susceptible d'avoir un prix.

résultat funeste. Dans le silence de la loi commerciale, les actes de commerce sont régis par l'usage, c'est-à-dire que l'usage domine entièrement la juridiction des tribunaux consulaires; car, nous l'avons montré tout à l'heure par des exemples, la loi commerciale se tait sur les règles les plus essentielles des actes de commerce les plus fréquents.

Eh bien! c'est précisément pour abolir cette domination de l'usage, ces abus de la coutume, que le Code de commerce a été fait. « Il est d'une haute importance (disait M. Regnaud de Saint-Jean d'Angely dans son discours préliminaire) de *fondre dans un système commun les usages* et la jurisprudence de la métropole et des pays réunis; de faire disparaître l'influence de ces arrêts de règlement émanés des Parlements, et qui formaient une seconde législation au sein de la législation primitive; *d'effacer la trace des règles établies par les coutumes locales*, par les lois municipales, premier bienfait et dernier inconvénient de notre ancienne législation civile. »

Tel est le but du Code de commerce : isoler l'institution, c'est la rendre inefficace et méconnaître d'une façon flagrante la volonté formelle du législateur. Maintenant, que M. Portalis ait déclaré dans son discours sur le Code Napoléon que les lois particulières au commerce ne pouvaient entrer dans le cadre du Code civil, « que l'esprit de ces lois différait essentiellement des lois civiles, » rien de plus exact et de plus incontestable. Sans doute, les lois commerciales diffèrent essentiellement des lois civiles; mais faut-il en conclure qu'elles seules gouvernent les actes de commerce, et qu'en leur absence ceux-ci n'ont d'autre règle que l'usage? Une pareille conclusion n'est pas logi-

que; elle repose sur cette confusion déplorable que nous avons déjà signalée entre les lois commerciales et les actes de commerce, les premières indépendantes du droit civil et n'ayant d'autre raison d'être que cette indépendance même, les derniers soumis en principe au droit civil, et par exception au droit commercial, toutes les fois qu'il croit devoir déroger à la loi commune pour satisfaire aux exigences du commerce et en faciliter les transactions.

Quant aux articles 1341, 1873, 2084, 1964, 2070, 2102 du Code Napoléon, invoqués par nos adversaires, que contiennent-ils? des renvois aux lois commerciales, comme les articles 18, 92, 95, etc., C. comm. renferment des renvois aux lois civiles. Ces renvois ne prouvent qu'une chose : le rapport intime qui existe entre les deux Codes, et c'est précisément ce que nous soutenons. Enfin, l'art. 1107, qui paraît si décisif à MM. Delamarre et Lepoitvin, nous semble, au contraire, tout à fait favorable à notre doctrine.

« Art. 1107. Les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent titre. — Les règles particulières à certains contrats sont établies sous les titres relatifs à chacun d'eux, et les règles *particulières* aux transactions commerciales sont établies par les lois relatives au commerce. »

Cet article dit bien que les lois relatives au commerce renferment les règles particulières aux transactions commerciales, mais il ne dit pas que les transactions commerciales soient toujours régies par des lois particulières. Au contraire, il assimile le rapport qui existe entre ces lois particulières et les lois civiles

au rapport établi entre les titres spéciaux relatifs à chaque contrat et le présent titre, qui s'applique à tous; les transactions commerciales sont dominées par les lois civiles comme les contrats spéciaux par les règles générales, en l'absence de titre particulier qui les concerne. Nous pouvons donc considérer comme certain que les transactions commerciales sont régies par le Code Napoléon, à défaut de textes qui leur soient relatifs dans le Code de commerce.

383. Tel est précisément le cas en ce qui concerne le prêt sur gages. Les articles 93 et 95 n'ayant été rédigés qu'en faveur du commissionnaire, l'article 2074 du Code Napoléon subsiste toutes les fois que le nantissement se présente seul, isolé du contrat de commission. Pour le repousser, un jurisconsulte qui s'est fait une grande réputation [1], M. Troplong, invoque l'article 2084 du même Code. Il admet, comme nous, qu'en principe le droit civil est le droit commun, mais il prétend qu'ici le Code civil lui-même écarte des actes de commerce l'application de ses dispositions.

Voici le texte de l'article 2084 :

« Les dispositions ci-dessus (*relatives au gage*) ne sont applicables ni aux matières de commerce, ni aux maisons de prêt sur gage autorisées, et à l'égard desquelles on suit les *lois* et règlements qui les concernent. »

Remarquons que cet article déclare applicables aux matières de commerce, non pas les *usages,* mais les *lois* qui les concernent [2]. Quelle était donc la loi en vigueur à l'époque de la rédaction de l'article 2084?

[1] M. Troplong *Du Nantissement*, nos 120, 125 et suiv.

[2] Observation faite par M. Massé, *Du Droit commercial dans ses rapports avec le droit civil et le droit des gens*, t. VI, no 451.

C'était l'édit de 1673, qui, plus rigoureux que le Code civil, exigeait pour la constatation du gage *un acte public*[1]. Depuis, le Code de commerce a paru; il ne traite point *ex professo* la matière du contrat de gage comme le faisait l'édit de 1673; néanmoins, cet édit doit être considéré comme abrogé et remplacé par l'art. 2074. Voici pourquoi : l'article 95 C. comm. applique cet article aux avances faites par le commissionnaire habitant le même domicile que le commettant, et les rédacteurs du Code de commerce, dans leur discours préliminaire, en donnent ce motif, que « de telles avances ne peuvent être considérées que comme un prêt sur gages, qui doit être soumis aux formalités que *la loi* exige pour ces sortes de prêts. » Il est clair que la loi, pour les rédacteurs de l'article 95 C. comm., c'est l'article 2074 du Code civil, et non l'édit de 1673, puisqu'ils citent cet article dans leur renvoi.

L'article 2084 est donc sans portée aujourd'hui en ce qui concerne le gage commercial, à moins qu'on ne le considère comme annonçant l'exception établie aux articles 93 et 95 du Code comm. en faveur du commissionnaire.

384. M. Troplong argumente aussi de la loi du 8 septembre 1830[2] :

« Les actes de prêts sur dépôts ou consignations de marchandises et actions de compagnies d'industrie ou de finance, dans les cas prévus par l'article 95 du Code de commerce, seront soumis à l'enregistrement moyennant un droit fixe de 2 francs. »

Cette loi suppose, dit-on, qu'en dehors de l'arti-

[1] M. Valette, *Traité des privilèges et des hypothèques*, p. 53, note 2.

[2] *Nantissement*, n° 123.

cle 95 les actes de prêts sur dépôts ou consignations de marchandises ne sont pas rédigés par écrit, et qu'en principe l'article 2074 est inapplicable aux matières de commerce.

La réponse est bien simple. La loi de 1830 est une loi fiscale, rien de plus; elle n'a pas pour but de régler le nantissement commercial, mais de satisfaire aux réclamations du commerce, en réduisant à un droit fixe le droit proportionnel de 1 pour 100. Elle prévoit le cas général, l'hypothèse de l'article 95. Le prêt sur gages isolé de la commission est très-rare dans les affaires commerciales. C'est ce que disait M. Portalis dans son discours préliminaire [1]: « Le gage et l'hypothèque sont des choses presque inconnues au commerce. »

La loi de 1830 est énonciative et non limitative; cela est si vrai, que M. Troplong lui-même reconnaît [2] que, si un écrit a été dressé dans un des cas non prévus par l'article 95 C. comm., le droit fixe de 2 francs sera seul exigible.

385. Quant à l'article 109, relatif à la preuve des achats et ventes, je ne conçois pas comment on pourrait l'étendre à notre matière [3]. Qu'il soit la règle de droit commun *entre les parties*, rien de mieux; mais vis-à-vis des tiers il n'en est pas de même. Il s'agit d'un droit de préférence, d'un droit destiné à frapper la masse des créanciers; un pareil droit ne saurait s'établir aussi légèrement, sans aucune règle qui protége le public contre la fraude et les abus [4]. Il faut un

[1] Locré, *Code civil*, t. I, p. 306, nº 88.
[2] M. Troplong, nº 124.
[3] *Id.*, nº 176.
[4] *Sic* Pardessus, t. II, nºs 485 et 487.

texte précis et formel; il n'y en a pas d'autre que l'article 2074, sauf l'exception contenue aux art. 93-95[1].

D'ailleurs une considération décisive écarte l'article 109. Si le gage commercial peut se prouver de toute manière, si tel est le droit commun, à quoi bon les articles 93-95? Ce prétendu privilége, loin d'être une faveur, serait une sévérité rigoureuse et exceptionnelle introduite contre le commissionnaire; ce serait précisément l'opposé de ce que le législateur entendait établir.

386. La jurisprudence, qui malheureusement ne se montre que trop favorable à l'extension du privilége de l'article 93, s'est prononcée néanmoins en faveur du système que nous venons de soutenir sur l'application de l'article 2074 du Code civil.

Le plus célèbre des arrêts rendus en cette matière est celui de la Cour suprême, en date du 17 mai 1847[2].

« Attendu que, ne pouvant pas jouir du privilége résultant de l'art. 93, Fourchon était nécessairement obligé de recourir à l'accomplissement des formalités exigées par les art. 2074 et suiv. C. civ... »

Le jugement du tribunal de Honfleur (28 octobre 1844) et l'arrêt de la Cour de Caen (22 juillet 1845) avaient décidé dans le même sens.

Nous croyons devoir reproduire un des considé-

[1] *Sic* Pardessus, t. II, n[os] 485, 487 et 1203; Zachariæ, III, p. 169, note 3; Vincens, II, p. 160; Favard de Langlade, v° NANTISSEMENT, n° 3; MM. Massé, t. VI, n° 451; Duranton, XVIII, n° 523; Harel, *Revue de droit français et étranger*, t. II, p. 277; Valette, *Priv. et hyp.*, p. 53, note 2; Alauzet, *Revue de législation*, t. XXI, p. 323 et suiv.; Devilleneuve, *Obs. sur Cass.*, 17 mai 1847.

Contra, Grenier, *Hyp.*, II, n° 314; M. Troplong, *Nantissement*, n° 120 et suiv.

[2] Fourchon contre faillite Bénard, Rejet, Ch. civile. Dev., 407, 1, 401-411.

rants de la Cour de Caen : non-seulement la Cour proclame l'article 2074 comme le droit commun en matière commerciale, mais elle indique, sans s'y arrêter, cette opinion que nous avons émise et développée plus haut, à savoir que l'article 93 n'est pas applicable en dehors du contrat de commission.

« Considérant qu'il est constant que Fourchon n'a pas rempli les formalités exigées par *l'article* 2074 *du Code civil, qui constitue le droit commun en matière de gage*; qu'il se fonde sur l'article 93 du Code de commerce; mais en admettant que cet article, *qui est placé au titre spécial des commissionnaires, et qui ne parle lui-même que du commissionnaire*, s'applique à un *simple prêteur*, ce ne peut être, bien entendu, qu'autant que les conditions exigées alors comme seule garantie contre la fraude ont été accomplies, c'est-à-dire que les marchandises aient été expédiées d'une autre place au bailleur des fonds, ce qui n'a point eu lieu dans l'espèce... »

Depuis l'arrêt de la Cour suprême, la même doctrine a été consacrée par un arrêt de Lyon du 27 août 1849.

« Attendu que les formalités prescrites par les articles 2074 et 2075 C. civ. n'ayant point été accomplies, ce nantissement doit être réputé irrégulier; qu'en effet, le Code comm. ne renferme aucune disposition de laquelle il soit possible de conclure qu'il ait été dérogé aux règles ordinaires[1]... »

[1] Dev., 49, 2, 537; *sic* arrêts antérieurs; Cass., 5 juillet 1820; Douai, 18 avril 1837 (39, 2, 68); Paris, 21 juin 1842 (43, 2, 113); Douai, 10 février 1843 (43, 2, 198); *ibid.*, 29 mars 1843 (43, 2, 341). *Contra*, Metz, 5 février 1820; Rennes, 29 décembre 1849 (51, 2, 153).

Ce dernier arrêt, rendu sous l'influence des idées locales, ne renferme pas d'autres arguments que ceux réfutés plus haut et tirés de l'art. 2084 du Code Napoléon.

387. *Nature du droit accordé au commissionnaire.* — Il ne nous reste plus qu'un seul point à examiner avant d'entrer dans le détail des articles 93-95. Quelle est la nature du droit accordé au commissionnaire?

On a soutenu que ce droit n'était pas un privilége véritable, mais une extension du droit de rétention [1]. C'est là une erreur, et une erreur qui peut être dangereuse, car elle conduit à considérer comme émanant d'un principe général d'équité ce qui est une exception à la loi commune.

Sans insister sur le *mot* dont se sert notre texte, voyons la *chose* elle-même. L'article 94 permet au commissionnaire de se rembourser *sur le produit de la vente*, par *préférence* aux créanciers du commettant; c'est aller au delà des limites du droit de *rétention*, qu'il ne faut pas confondre avec le *droit de suite*.

Ce n'est pas tout : le droit du commissionnaire comprend même les *avances* qu'il a faites au commettant (art. 93). Or, les avances ne sont pas dues comme les frais, *à raison de la chose*. Sans doute elles ont été faites *en vue* de la chose, en considération de la garantie qu'elle peut offrir; mais l'obligation de les rembourser et celle de rendre la chose ne sont nullement corrélatives : l'une est née d'un contrat de commission, l'autre d'un contrat de prêt.

Ainsi, par cela seul que cette garantie toute spéciale dont parlent les art. 93-94 s'étend aux *avances*, elle ne rentre plus dans le domaine du droit de rétention; elle constitue une espèce *de gage tacite*, un privilége (art. 2102, 2° C. Nap.).

Par conséquent, les art. 93-95, qui établissent cette

[1] V. MM. Delamarre et Lepoitvin, t. II, n° 390.

sorte de gage, doivent être interprétés d'une manière limitative; car c'est un axiome incontestable qu'en matière de priviléges tout est de droit strict; le jurisconsulte est lié par le texte précis de la loi; son devoir est de le respecter scrupuleusement dans toute sa rigueur, sans chercher à le diminuer ou à l'étendre par voie d'analogie ou de contraste, et surtout sans le laisser fléchir sous le joug de la coutume [1].

388. *Conclusion.* — Les discussions qui précèdent nous amènent à conclure, et ce sera le résumé de notre théorie :

1° Qu'il n'y a aucune antinomie entre l'art. 93 et l'art. 95 C. comm.; que loin de se contredire, le dernier complète le premier et en restreint l'application;

2° Que les art. 93-95 ne concernent point le nantissement commercial isolé du contrat de commission;

3° Que l'art. 2074 du Code Napoléon est le droit commun en matière de nantissement commercial;

4° Enfin, que le droit du commissionnaire, établi et réglé par l'art. 93, limité par l'art. 95, est un véritable privilége.

§ 2. — Questions pratiques relatives au privilége du commissionnaire.

389. Maintenant que nous connaissons l'esprit général de la loi, nous pouvons entreprendre avec confiance l'analyse de ses dispositions; nous avons posé les principes, il s'agit d'en tirer les déductions légitimes et d'en poursuivre le développement pratique. Cinq questions se présentent à notre examen : 1° En faveur de qui? 2° Sur quoi? 3° Pour quelles créances?

[1] *Sic* Eugène Persil, *Des Commissionnaires*, p. 66, n° 2.

4° Sous quelles conditions? 5° Dans quel rang le privilége est-il établi?

390. 1° *En faveur de qui?* — En faveur du commissionnaire seul; nous l'avons démontré aux nos 376-379. « Tout *commissionnaire*, dit l'art. 93, a privilége... »

La Cour de Poitiers avait jugé dans ce sens, par un arrêt du 21 juillet 1842 [1]. « Attendu qu'en fait, les sieurs Beguein et Ce n'ont, sous aucun rapport, rempli le rôle de commissionnaires vis-à-vis du sieur Ayrand...; qu'ainsi, leur seule qualité dans la cause est celle de prêteurs sur gage, et que, faute par eux de s'être conformés aux dispositions des art. 2074 et 2075 C. civ., ils sont tout à la fois privés du privilége prévu par l'art. 93 C. comm. et de celui prévu par l'art. 2073 C. civ., si dans ce fait que les eaux-de-vie ont été consignées par un individu résidant hors du lieu du domicile du prêteur ne se trouve pas une exception, soit aux dispositions de l'art. 95, soit à celles de l'art. 2073; attendu, à cet égard, que l'article 95 C. comm., qui n'est évidemment applicable qu'au véritable commissionnaire qui a fait des prêts, avances ou payements en cette qualité, loin d'offrir une exception à l'art. 93 du même Code, n'a pour but évident, et la lecture attentive dudit article suffit pour s'en convaincre, que d'empêcher les prêteurs ou emprunteurs sur gages habitant le même lieu de masquer un prêt sur nantissement sous les apparences du contrat de commission... Infirme... » Cet arrêt fut cassé par arrêt de la Cour suprême, en date du 6 mai 1845 [2], en ces termes :

[1] D. 45, 1, 503, rapporté sous un arrêt de cassation.
[2] D. 45, 1, 506.

« Attendu que des dispositions de l'art. 2084 C. civ., rapprochées de celles de l'art. 95 C. comm., il résulte que les règles du droit civil relatives au nantissement ne sont applicables, en matière de commerce, que dans le cas prévu par le dernier de ces articles, c'est-à-dire au seul cas d'une consignation ou d'un dépôt fait par un individu résidant dans le lieu du domicile du commissionnaire; — Attendu qu'aux termes de l'art. 93 C. comm. les seules conditions requises pour constituer le privilége du bailleur de fonds sont qu'il y ait eu des avances faites sur des marchandises expédiées d'une place sur une autre, à l'effet d'être vendues pour le compte du propriétaire, et que nulle part la loi ne prescrit comme elle le fait pour le nantissement la nécessité d'un acte authentique ou d'un acte sous seing privé dûment enregistré...; — Attendu que ce même privilége n'est pas non plus attaché à une espèce spéciale de négoce, et qu'il suffit que le contrat duquel on le fait dériver ait eu lieu entre commerçants ou par des actes de commerce... » Sur le renvoi, la Cour de Bordeaux confirma le jugement du tribunal de commerce, conformément à l'arrêt de la Cour de cassation, mais par d'autres motifs. Elle décida, en fait, qu'il y avait eu commission, le mandat de vendre n'étant pas nécessaire, question que nous examinerons plus loin.

391. Au reste, il faut le reconnaître, la jurisprudence est à peu près unanime pour déclarer que l'article 93 C. comm. est applicable à tout bailleur de fonds qui se trouve dans les mêmes circonstances qu'un véritable commissionnaire [1]. Nous avons déjà

[1] *Sic* Rejet, 23 avril 1816; Aix, 23 août 1831 (D. 33, 2, 162); Paris,

réfuté les arguments sur lesquels s'appuie ce système. Je n'insiste donc pas. J'ajouterai seulement deux observations. La première, c'est qu'en substituant un mot à un autre, le mot de « bailleur de fonds » au mot « commissionnaire, » on dénature le texte. La seconde, c'est que le privilége n'est pas attaché à la *profession*, mais à l'*acte* lui-même : il faut et il suffit qu'il y ait acte de commissionnaire, contrat de commission ; peu importe, du reste, que l'acte soit habituel ou isolé, ce n'est pas la qualité de l'individu, c'est la nature du fait qui détermine l'application de l'art. 93.

392. 2° *Sur quoi ?* — Là-dessus, pas de difficulté. Le privilége porte sur les *marchandises expédiées* (article 93) et sur leur *prix* en cas de vente (art. 94).

393. 3° *Pour quelles créances ?* — « Pour les avances, intérêts et frais... » (art. 93 et 94).

Les *frais* sont les déboursés faits *à l'occasion* de la marchandise : frais de réception, d'enmagasinage et de transport, de vente, etc.

Les *avances* sont autre chose que les frais : elles comprennent tout ce qui a été fourni au commettant par anticipation *sur* la valeur des marchandises [1]. Elles peuvent consister en marchandises, en effets de commerce, acceptations de lettres de change, etc., etc., aussi bien qu'en sommes d'argent. A cet égard, la Cour de cassation a posé le principe en ces termes : « Attendu que l'art. 93 ci-dessus se sert du terme générique d'avances, lequel comprend toutes les sommes, tous

1er mars 1832 (D. 32, 2, 39) ; Rouen, 29 novembre 1838 (D. 39, 2, 35) ; Nancy, 14 décembre 1838 (D. 39, 2, 239) ; Vincens, I, p. 513 ; Pardessus, n° 1203 ; MM. Delamarre et Lepoitvin, t. II, n°s 399 et 406 ; Troplong, n° 159 ; Massé, VI, 462.

[1] *Sic* Req., 22 juillet 1817 ; Req., 22 novembre 1825.

les objets, *toutes les valeurs quelconques*, qui sont sorties des mains du commissionnaire, et qui ont profité au commettant[1]... »

394. Ainsi la nature du prêt est indifférente. En est-il de même de la *date?* Faut-il considérer comme avances portant privilége tout ce qui est dû au commissionnaire, quel que soit le moment où la dette a été contractée, fût-elle même *antérieure* à la consignation des marchandises?

C'est là une question vivement controversée et d'un grand intérêt pratique.

Il faut d'abord écarter le cas où la consignation des marchandises n'était ni promise ni annoncée. Il est évident qu'alors non-seulement il n'y avait pas gage réalisé, mais il n'y avait même pas espérance de gage futur; le prêteur a suivi la foi de son débiteur, sans aucune réserve[2].

395. La difficulté n'est sérieuse qu'à l'égard des avances faites *en vue* d'une expédition promise. Pour leur appliquer l'art. 93, on rappelle d'abord l'ancien droit. Valin (liv. II, tit. X, art. 3) accordait le bénéfice de la saisie naturelle au « négociant nanti soit avant, soit après ses avances. »

Il ne faut rien ajouter au texte, disent les partisans de ce système; repousser les avances antérieures serait interpréter l'art. 93 C.comm., comme s'il disait: « Tout commissionnaire qui a fait des avances sur des marchandises à lui *déjà* expédiées... » D'ailleurs, le privilége du commissionnaire n'est qu'une espèce de gage

[1] Cass., 29 avril 1853 (Dev., 53, 1, 431); *Sic* Req., 4 juillet 1826; Req., 8 juin 1829; Cass., 23 juin 1830; Rouen, 29 novembre 1838; Cass., 14 mars 1855 (Dev., 55, 1, 177).

[2] *Sic* Aix, 11 janvier 1851.

tacite. Le gage ne peut-il donc, en droit commun, être postérieur à la créance qu'il garantit? Quand devient-il nécessaire de prouver l'existence du gage, de constater l'expédition des marchandises? C'est au moment où l'on réclame le privilége, non au moment où se forme le contrat dont il est l'accessoire. On invoque enfin les nécessités du commerce : les ressources offertes au producteur par les avances qui alimentent son industrie, qui aiguillonnent son activité, et que le négociant lui prodigue sans peine, s'il peut espérer dans l'avenir de solides garanties. Faciliter ce privilége, en élargir les sources, c'est encourager le commerce de la manière la plus efficace, et favoriser à coup sûr le développement de la richesse publique [1].

396. Ces considérations ne manquent pas d'un certain poids. Néanmoins, la négative me paraît préférable [2].

Ce n'est pas le prêt sur gage isolé, indépendant, que le législateur protége par une faveur exceptionnelle, c'est le prêt sur gage uni au contrat de commission, se rattachant d'une manière étroite et indissoluble à l'expédition de la marchandise, à la circulation des valeurs commerciales. Donc, pour être soustrait à

[1] *Sic* MM. Del. et Lep., II, n° 410; Troplong, n° 234; Massé, VI, n° 490; Devilleneuve, Note sur arrêt du 4 décembre 1848, 49, 1, 1; Rejet, 23 avril 1816; Bordeaux, 28 janvier 1839; Rennes, 12 juin 1840; Rouen, 4 juillet 1842; Dijon, 10 avril 1843; Bordeaux, 22 déc. 1847 (48, 2, 228); Paris, 18 novembre 1848 (49, 2, 1).

[2] *Sic* Dalloz, v° COMMISSIONNAIRE, n° 413; *Journal du Palais*, eod. v°, n° 137); Bordeaux, 22 juin 1838; Rouen, 29 novembre 1838 (39, 2, 33; Nîmes, 7 juin 1843; Douai, 29 novembre 1843 (44, 1, 145); Cassation, 18 mars 1845 (45, 1, 258); Rouen, 27 mai 1846 (Dev., 46, 2, 361); Grenoble, 13 avril 1848 (49, 2, 358); Cass., 4 décembre 1848 (49, 1, 5); Cassation, 13 novembre 1850 (50, 1, 769); Rouen, 7 juillet 1853 (Dev. 54, 2, 387); Cass., 14 mars 1855 (55, 1, 177).

l'empire de l'art. 2074, il faut que le gage accompagne ou précède le prêt; il faut que le prêteur soit commissionnaire avant d'être créancier. Le texte lui-même l'exprime par cette formule : « *Tout commissionnaire* qui a fait des avances... » C'est à titre de commissionnaire, et en cette qualité seule, qu'il est privilégié. Il n'est pas nécessaire, comme on le prétend, d'ajouter le mot *déjà;* il suffit de ne pas confondre ces deux expressions bien distinctes : faire des avances *sur* des marchandises ou faire des avances *en vue* de marchandises. Quand on dit « prêter sur gage, prêter sur hypothèque », on entend que le gage existe, que l'hypothèque est concédée; de même quand on dit « prêter sur marchandises expédiées, » il faut entendre que l'expédition est accomplie.

« Le commissionnaire qui fait ainsi des avances ne prête pas *à la personne*, il prête *à la chose*, c'est-à-dire à la marchandise, puisque c'est une anticipation qu'il fait sur son produit. » Ainsi s'expriment les rédacteurs du Code de commerce, dans leur discours préliminaire. Pour prêter à la chose, il faut que cette chose existe, qu'elle soit entre les mains du prêteur. Autrement le créancier prête à la personne; il suit la foi de son débiteur, puisqu'il s'en rapporte à sa promesse, aux espérances qu'il lui donne.

Quant à l'autorité de l'ancien droit, il suffit de répondre que le Code a fait table rase en cette matière, et qu'il n'a pas voulu reproduire la doctrine de Valin, puisqu'il n'a pas reproduit les termes dont il se sert. En cela le législateur a-t-il eu raison? Je le crois. Multiplier les priviléges en matière commerciale est une chose funeste. On favorise certains créanciers, il est vrai, mais on le fait au préjudice des autres; on

multiplie les moyens de fraude et l'on fait naître des milliers de procès. Avec le système de l'affirmative, tout créancier un peu pressant se fera remettre, après coup, des marchandises pour sûreté de ce qui lui est dû. Ainsi le commerce se trouve détourné de ses voies naturelles; l'expédition se dirige là où l'appellent les nécessités du prêt, elle manque là où les besoins de la vente se font sentir. En un mot, le commissionnaire disparaît devant le banquier. Un pareil résultat est funeste, parce qu'il tend à bouleverser les rapports naturels des négociants entre eux; il doit être repoussé, non-seulement au point de vue du droit, mais encore et surtout au point de vue des véritables intérêts du commerce.

397. La jurisprudence, comme on peut le voir par les citations faites plus haut, est divisée sur la question. Cependant les trois derniers arrêts de la Cour suprême ont été rendus dans notre sens : « Attendu que l'art. 93 C. comm. n'accorde au commissionnaire un privilége... que pour les avances par lui faites à son commettant *postérieurement* à la réception, soit des marchandises, soit du connaissement constatant l'expédition qui lui en a été faite; que les expressions de la loi sur ce point sont *claires* et *formelles ;* qu'elles ne font résulter le privilége du commissionnaire que de la condition que les avances auront été faites dans les circonstances qu'elles indiquent [1]... »

« Attendu qu'ainsi Crassous et C[e] ne se trouvaient dans aucun des cas qui donnent droit au privilége, puisque les marchandises sur la valeur desquelles ils prétendent exercer ce privilége n'étaient pas à leur

[1] Ch. civ., 18 mars 1845 (Dev., 45, 1, 258).

disposition..., et qu'ils ne pouvaient, avant leur arrivée et *au moment où ils ont fait l'avance*, en constater l'expédition par un connaissement ou par une lettre de voiture; qu'en un mot, l'avance était *antérieure* à la réception, soit des marchandises, soit des connaissements [1]. »

« Attendu qu'aux termes de l'art. 93 C. comm. le privilége établi par cet article en faveur du commissionnaire n'a lieu qu'autant que les avances par lui faites sont *postérieures* à l'arrivée des marchandises dans ses magasins ou dans un dépôt public à sa disposition, ou qu'avant leur arrivée il peut constater par un connaissement ou une lettre de voiture l'expédition qui lui en a été faite... [2] »

398. Peut-on *substituer aux avances primitives*, réglées en compte courant ou acquittées d'une autre manière, de *nouvelles avances* fournies sur les mêmes marchandises? L'affirmative me paraît certaine. La loi ne distingue pas; toutes les avances faites sur les marchandises consignées, c'est-à-dire postérieures à l'expédition, sont privilégiées.

Ainsi jugé par arrêt de la Cour de Douai du 5 janvier 1844 [3].

« Attendu que la loi ne limite pas le privilége aux avances spéciales relatives à certaines marchandises, comme elle ne le limite pas aux avances primitivement faites sur ces marchandises; — Que tout au contraire se lie et se combine dans les opérations qui interviennent entre le commettant et le commissionnaire, de telle sorte qu'une avance couverte soit d'une

[1] Ch. civ., 4 décembre 1848 (Dev., 49, 1, 5).
[2] Cass., 13 mars 1850 (Dev., 50, 1, 773).
[3] Dev., 44, 2, 261.

manière spéciale, soit par le rapprochement des éléments du compte courant, peut être utilement remplacée par une autre avance faite sur les marchandises, aussi longtemps que la consignation subsiste, sans que le privilége du commissionnaire puisse être contesté [1]. »

399. Il n'en est pas de même, selon nous, si, les avances restant les mêmes, on suppose *substitution de marchandises.* Dans ce cas, le privilége doit être refusé. Le commissionnaire s'est dessaisi du premier gage, et le second est nul comme étant postérieur aux avances. Cette opinion est conforme à un arrêt de la Cour de Rouen, en date du 29 novembre 1838 [2].

«... Attendu qu'il résulte des documents de la cause que les avances de cette maison (Jacques Lafitte et Ce) à Duval n'ont jamais été faites en contemplation des marchandises du navire *l'Aglaé*, que c'est au contraire sur la remise du connaissement de *l'Alexandre* que MM. Jacques Lafitte et Ce ont fait une avance de 40,000 fr.; que cette substitution d'un connaissement à l'autre ne saurait être assimilée à de nouvelles avances; que la créance est restée la même; que si aujourd'hui elle a perdu le privilége qu'elle avait originairement, cela tient à la remise imprudente du connaissement du navire *l'Alexandre...* »

400. Doit-on considérer comme *privilégiée la commission* due au commissionnaire? La négative a été

[1] *Sic* Cassation, 14 mars 1855 (Dev., 55, 1, 177).
« Attendu que de la généralité des termes de l'art. 94 C. comm. il résulte que, lorsqu'il y a eu des envois successifs de marchandises par le commettant au commissionnaire et des avances également successives faites par ce dernier au premier, toutes les avances sont garanties avec le privilége établi par ledit article, par toutes les marchandises arrivées dans les magasins antérieurement auxdites avances... »

[2] Dev., 39, 2, 34; *contra*, M. Troplong, n° 245.

jugée par la Cour de Bruxelles[1]. Cette décision ne nous paraît pas raisonnable. Le droit de commission rentre, à coup sûr, dans la catégorie des *frais*. C'est ainsi qu'on interprète le troisième alinéa de l'art. 2102 du Code Napoléon : « Les frais faits pour la conservation de la chose. » Le salaire est privilégié comme les impenses proprement dites; l'ouvrier fournit son travail au lieu d'une somme d'argent; la forme change, le fond reste le même[2].

401. 4° *Sous quelles conditions?* — Ces conditions sont au nombre de quatre :

Expédition d'une autre place;

Ordre de vendre;

Possession des marchandises;

Domicile autre que celui du commettant.

402. PREMIÈRE CONDITION. — *Expédition d'une autre place.* — Cette condition est *essentielle;* le but du privilége est de favoriser la circulation des marchandises; ce but serait manqué, si le législateur se contentait d'une simple transmission d'individu à individu, sans exiger un déplacement matériel d'une certaine importance, un transport d'un lieu dans un autre, en un mot, une expédition.

Malgré les termes bien positifs de l'art. 93, on a prétendu que l'expédition d'une place sur une autre n'était pas nécessaire, dans le cas où les parties ont des domiciles différents[3]. La Cour de cassation a rejeté cette doctrine par un arrêt du 17 mai 1847[4]. Voici quelle était l'espèce : un sieur Bénard reçoit à Honfleur un

[1] Bruxelles, 23 février 1827, cité par Dalloz, v° COMMISSIONNAIRE, n° 142.

[2] *Sic* Dalloz (n° 142).

[3] *Sic* Troplong, n°s 171-183.

[4] Rejet, Ch. civ. (Dev., 47, 1, 401). *Sic* Massé, t. VI, n° 472.

chargement de fers; Fourchon, banquier à Paris, lui avance 16,000 fr. contre le transfert en douane desdits fers. Il y avait donc différence de domicile, mais il n'y avait pas expédition. Bénard ayant fait faillite, Fourchon se prétendit privilégié; mais il succomba tour à tour devant le Tribunal de commerce (jugement du 28 octobre 1844), devant la Cour de Caen (arrêt du 22 juillet 1845), et enfin devant la Cour suprême.

Nous avons déjà discuté dans notre théorie générale les arguments de droit présentés en faveur du banquier. Nous n'y reviendrons pas. Le privilége était inadmissible : 1° parce que l'art. 95 complète l'art. 93 sans le détruire; 2° parce que l'art. 93 est inapplicable en dehors du contrat de commission; 3° parce que le droit commun en matière commerciale est l'art. 2074 du Code civil.

403. Quant aux considérations tirées des nécessités du crédit, de l'importance des transferts en douane, de la garantie qu'ils offrent vis-à-vis des tiers, elles devraient être soumises au législateur bien plutôt qu'au magistrat. Du reste, il suffirait, pour satisfaire à tous les besoins, de reconnaître que le transfert en douane est un acte public. Rien de plus facile alors que de remplir les conditions exigées par l'art. 2074 : description de la marchandise, indication de la somme prêtée; c'est ce qu'avait omis de faire le sieur Fourchon : il a été victime de sa négligence [1].

Les juges ont un pouvoir discrétionnaire pour déterminer, *en fait*, s'il y a eu expédition de place en place, si tel lieu constitue une place de commerce distincte de tel autre [2].

[1] V. Note de Devilleneuve sur arrêt de Cass. précité, *in fine*.

[2] *Sic* Paris, 1er mars 1832 (Dev., 32, 2, 392). Le même arrêt décide

404. Faut-il que l'expédition soit faite *directement* au commissionnaire? L'art. 93 dit : « Tout commissionnaire a privilége... sur les marchandises à *lui* expédiées... » De ce texte il résulte que l'expédition doit être adressée au commissionnaire qui réclame le privilége : le simple mandat de vendre la marchandise ne suffit pas. Mais il n'est pas nécessaire que la marchandise ait été expédiée *dès le principe* au commissionnaire; pourvu qu'elle lui soit adressée au moment où il fait l'avance, il est en règle.

Prenons un exemple pour éclaircir ce point de droit, qui a donné lieu à quelques difficultés.

Voici l'espèce d'un arrêt de cassation du 8 juin 1829.

Expédition est faite par la maison Auriol de Cette à Godefroy de Lille, destination Dunkerque. Pendant que les marchandises sont en cours d'expédition, Godefroy charge la maison Morel de Dunkerque de recevoir et vendre lesdites marchandises. Godefroy fait faillite. La maison Auriol veut revendiquer. La maison Morel, qui avait fait des avances, réclame le privilége de l'art. 93. Le tribunal de Dunkerque donne gain de cause au commissionnaire. La Cour de Douai confirme et la Cour de cassation rejette le pourvoi. Même solution, à la même date, dans une espèce analogue.

405. Toute la jurisprudence, à l'exception d'un seul arrêt, adopte cette décision [1]. Elle nous paraît irrépro-

que la Villette est une place distincte de Paris. Rejet, Req., 6 mars 1833 (Dev., 33, 1, 182); M. Valette, *Hyp. et priv.*, p. 149, note 2; *contra*, Dalloz, v° COMMISSIONNAIRE, n° 189.

[1] Outre le double arrêt de Cass., 8 juin 1829, V. Aix, 25 août 1831 (33, 2, 162); Paris, 31 juillet 1835 (35, 2, 519); Rouen, 29 novembre 1838 (39, 2, 33); Cass., 1er décembre 1840 (41, 1, 161); *contra*, Rouen, 15 juin 1825; *sic* Massé, VI, 465; Troplong (160 et suiv.); Del. et Lep., II, n° 404.

chable. Le commissionnaire était en même temps le destinataire, puisque seul il avait le droit de *recevoir* les marchandises; donc elles *lui* étaient expédiées, d'après les termes de l'art. 93. Il est inutile, pour arriver à cette conséquence, d'invoquer, comme le font certains auteurs, les anciennes coutumes, l'usage du commerce, les besoins du crédit, etc., etc. C'est là un système dangereux, et que nous avons déjà combattu. On méconnaît le sens véritable et naturel du texte, on exagère sa rigueur pour justifier en quelque sorte, par d'impérieuses nécessités, ce qu'on appelle une interprétation large, c'est-à-dire une violation de la loi.

Nous avons dit que le simple mandat de vendre serait insuffisant : cette hypothèse doit être très-rare, mais elle pourrait se présenter. Par exemple, des marchandises sont expédiées à Paul; il garde les connaissements, et néanmoins il charge Pierre de les vendre. Ce dernier est commissionnaire; mais les marchandises ne lui ont pas été expédiées, et s'il a fait des avances, il n'aura point de privilége [1].

En résumé, l'expédition peut être indirecte, mais elle doit être adressée au commissionnaire au moment des avances; nous verrons plus loin quelle importance le législateur attache à ce fait, puisqu'il en règle la preuve par des dispositions spéciales.

106. DEUXIÈME CONDITION. — *Ordre de vendre.* — Cette seconde condition est indiquée par les termes de l'art. 93 : «... Pour être vendues pour le compte d'un commettant. »

Le simple dépôt de la marchandise ne suffit pas; il faut que la marchandise soit destinée à être vendue.

[1] *Sic* Massé, VI, n° 467.

Par qui? Évidemment par le commissionnaire, sinon les rôles sont renversés : ce n'est plus le commissionnaire qui vend pour le compte du commettant, c'est le commettant qui vend pour le compte du commissionnaire.

Du reste, sans insister davantage sur la lettre de l'article, nous considérons l'ordre de vendre comme indispensable, parce qu'il est de l'essence même du contrat de commission, et que le privilége de l'art. 93 ne doit pas être appliqué en dehors de ce contrat [1]. Si le négociant qui a fait les avances n'a pas ordre de vendre, alors ce n'est plus un commissionnaire, c'est un simple prêteur sur gages, soumis comme tel aux formalités exigées par l'art. 2074 du Code Nap.

407. TROISIÈME CONDITION. — *Possession des marchandises.* — Cette possession est de deux sortes : possession de fait ou possession de droit.

Possession de fait, si les marchandises expédiées [2] « sont à sa disposition dans ses magasins ou dans un dépôt public; » ajoutons ou dans les magasins d'un tiers qui les a reçues au nom et pour le compte du commissionnaire. En effet, c'est un principe incontestable que nous possédons par notre mandataire aussi bien que par nous-mêmes [3].

[1] *Contra,* Aix, 25 août 1831 (33, 2, 162); Paris, 1er mars 1832 (32, 2, 39); Rouen, 29 novembre 1838 (39, 2, 33); Nancy, 14 décembre 1838 (39, 2, 239); Cass., 5 mai 1845 (45, 1, 503); Bordeaux, 28 janvier 1846 (46, 2, 213); MM. Del. et Lep., II, 406; Massé, VI, 463; Troplong, n° 159.

[2] Il ne suffirait pas que les marchandises fussent à la disposition du commissionnaire dans un lieu quelconque, par exemple, dans le lieu du domicile du commettant; il faut que les marchandises soient expédiées, c'est-à-dire arrivées à leur destination, ou au moins en route. *Sic* Cass., 17 mai 1847 (47, 1, 401); Massé, VI, 473. *Contra,* Troplong, 75 et suiv.

[3] *Sic* Gênes, 12 juillet 1813; Cass., 7 juin 1825; Cass., rejet, Ch.

408. *Possession de droit*, « si, avant que les marchandises soient arrivées, il peut constater par un *connaissement* ou par une *lettre de voiture* l'expédition qui lui en a été faite. »

Le connaissement et la lettre de voiture contiennent tous les deux : indication de l'expéditeur, indication du destinataire, désignation détaillée et marque de la marchandise, montant du frêt, prix et délai du transport ; ils doivent être datés. La lettre de voiture doit être transcrite sur un registre spécial et le connaissement fait en quadruple (art. 102, 281 et 282 C. comm.). Ce sont là des garanties en faveur des tiers. Aussi je ne pense pas qu'on puisse les remplacer par tout autre moyen de preuve[1]. Néanmoins, il ne faut pas exagérer la rigueur de ces garanties. A cet égard, la Cour de cassation a posé une règle tout à la fois simple, précise et équitable.

« Attendu que l'arrêt attaqué déclare, en fait, que les expéditions faites à la maison Gaillard, dont la bonne foi est reconnue dans la cause, sont constatées par des *bulletins particuliers de chargement*, lesquels, tels qu'ils ont été délivrés, *renferment toutes les conditions exigées par l'art.* 102 C. comm. pour la validité des lettres de voiture ; — Attendu que le C. comm. n'impose point, à peine de nullité, certaines formes sacramentelles comme indispensables à la validité des lettres de voiture ; qu'il faut, il est vrai, que ces lettres contiennent les conditions essentielles à leur existence, mais qu'en fait ces conditions ont été rem-

civ., 1er décembre 1840 (41, 1, 161) ; M. Eug. Persil, *Des Commissionnaires*, art. 95, n° 15.

[1] *Sic* Del. et Lep., II, n° 411. Ils font exception pour le cas de facture régulière. *Contra*, Douai, 17 mai 1820 ; Lyon, 5 juin 1848.

plies dans l'espèce..... » Rejette. (Ch. civ., 31 juillet 1844[1].)

« Attendu que les priviléges sont de droit étroit et ne peuvent être reconnus et consacrés qu'autant que ceux qui les invoquent justifient de l'accomplissement des conditions constitutives desdits priviléges...; — Attendu que l'arrêt attaqué ne déclare pas que les marchandises déjà entrées lors de la faillite dans les magasins des défendeurs y fussent entrées à l'époque des avances; — qu'à l'égard de celles qui n'étaient pas encore arrivées, il s'appuie sur les *récépissés* du commissionnaire, chargeur transmis aux défendeurs avec des *lettres d'envoi* et des *factures* détaillées, récépissés constatant la nature, le poids, le nombre et la destination des marchandises; — Attendu que l'arrêt attaqué ne déclare pas que ces récépissés renfermassent l'*énonciation de toutes les conditions qui, aux termes de l'art. 102 C. comm., constituent la lettre de voiture*, notamment l'énonciation du *prix* et du *délai du transport*, prix et délai qui influent nécessairement sur l'appréciation de la valeur des marchandises..... Casse.» (13 nov. 1850, adm. des douanes contre Vernange; — même date, même décision, adm. des douanes contre Garin[2]).

Ainsi, peu importent le nom et la forme extérieure de l'acte; mais le contenu doit satisfaire à toutes les exigences des art. 102 et 281, sinon le privilége de l'art. 93 est inadmissible.

409. Maintenant que nous avons vu quelles sont les pièces probantes, il nous reste à examiner comment

[1] Dev., 45, 1, 112.

[2] Dev., 50, 1, 774 et 777; *sic* Bruxelles, 15 mars 1821; Lyon, 26 juillet 1857.

elles se transmettent, comment elles passent entre les mains du commissionnaire, et garantissent ses droits. Le dernier alinéa de l'art. 281 déclare que « le connaissement peut être à *ordre*, ou au *porteur*, ou à *personne dénommée.* » Cette disposition est applicable à la lettre de voiture; les mêmes motifs existent; l'analogie est complète[1]. Dans la pratique comme dans la doctrine, cette assimiliation n'a jamais soulevé le moindre doute. Si le connaissement ou la lettre de voiture sont à personne dénommée, il est clair que cette personne seule peut s'en servir; la remise à un tiers ne suffirait pas pour opérer transmission; il faudrait une cession régulière, opérée d'après les règles du droit commun.

Si ces pièces sont au porteur, elles se transmettent par simple tradition. Si elles sont à ordre, elles se transmettent par endossement.

L'endossement est un mode de transport tout spécial qui ne saurait être appliqué à d'autres valeurs qu'aux valeurs à ordre (V. art. 136 et 186 du Code de comm.).

On ne comprend pas que la Cour de Paris ait pu décider le contraire. Aussi son arrêt a-t-il été cassé par la Cour suprême.

« Attendu que les lettres de voiture ou connaissement ne peuvent être régulièrement négociées par endossement que lorsqu'ils sont à ordre; — que hors ce cas la transmission qui en est faite ne constitue qu'un transport ordinaire qui ne produit pas les effets attachés par le Code de commerce à l'endossement et ne confère pas au cessionnaire plus de droits que n'en avait le cédant... » (Cassation, 12 janv. 1847)[2].

[1] Goujet et Merger, *Dict. de dr. comm.*, v° LETTRE DE VOITURE, n° 4; Pardessus, n° 539; Bravard, p. 138.

[2] Dev., 47, 1, 276.

En vertu des art. 137 et 138, l'endossement, pour être régulier, doit être *daté*; il exprime la *valeur* fournie; il énonce le *nom* de celui à l'ordre de qui il est passé, sinon il n'est qu'une procuration.

410. *L'endossement doit-il être régulier*, pour établir le privilége du commissionnaire?

Cette question éminemment pratique a provoqué des arrêts d'une haute importance et soulevé les plus vives controverses parmi les jurisconsultes modernes. Avant de pénétrer dans le fond même du débat, il importe d'en écarter certains éléments et de le réduire à sa plus simple expression.

Trois conditions sont exigées par l'art. 137, la date, le nom et la valeur. Les deux premières sont essentielles pour le commissionnaire aussi bien que pour le cessionnaire, quelle que soit d'ailleurs la solution générale de la question. La date est nécessaire pour que l'acte puisse être opposé aux tiers (art. 1328). Il en est de même du nom; s'il n'est pas indiqué, le commissionnaire ne peut pas dire que l'expédition *lui* a été faite [1].

411. Reste la mention de la *valeur*. En dehors de l'art. 137, aucun texte ni aucun principe ne l'exigent. Faut-il appliquer jusqu'au bout l'art. 137 et l'art. 138 qui en est la sanction?

En faveur de l'affirmative, on établit une distinction entre la procuration et la commission. Un simple mandat ne saurait constituer un droit réel à l'encontre des tiers; le mandataire agit au nom du mandant, et par suite, il est passible de toutes les exceptions auxquelles le mandant lui-même serait soumis, par exemple, à la revendication du vendeur non payé; d'autre

[1] *Sic* Massé, VI, n° 506 et 507.

part, le mandat étant toujours révocable, les créanciers du mandant peuvent user de ses droits et faire disparaître le gage du mandataire. Le gage suppose une possession personnelle, une possession qui a toutes les apparences de la propriété, et que précède l'accomplissement des mêmes formalités. L'endossement régulier peut seul donner au commissionnaire cette possession personnelle, qui lui permet d'agir en son propre nom d'une manière indépendante, en vertu d'un droit irrévocable [1].

412. Ces arguments me paraissent plus spécieux que solides. D'abord, la distinction entre la commission et la procuration est inadmissible. Tout mandat qui a pour objet une opération commerciale est une commission, peu importe que le mandataire agisse au nom du mandant ou en son propre nom. Ainsi, le négociant qui est chargé de recevoir et vendre des marchandises, en vertu d'un connaissement transmis par endos irrégulier, est un véritable commissionnaire, car l'objet de son mandat est commercial. En sa qualité de commissionnaire, il aura privilége sur la marchandise expédiée s'il remplit les conditions exigées par l'art. 93.

Ces conditions, les a-t-il remplies lorsqu'il se présente avec un connaissement à son ordre, qui n'exprime point de valeur reçue? Les termes mêmes de l'art. 93 répondent d'une manière péremptoire.

« Tout commissionnaire... a privilége... sur la valeur

[1] *Sic* Troplong, *Nantissement*, 334-336; Devilleneuve, notes sur arrêt de Douai du 5 janvier 1844 (44, 2, 257), et sur arrêt de Cass. du 30 janvier 1850 (50, 1, 241); Amiens, 29 juillet 1843 (44, 2, 6); Cass., 1er mars 1843 (43, 1, 185); Cass., 10 décembre 1846 (47, 1, 412); Cass., 25 juillet 1849 et 6 décembre 1852 (53, 1, 612); Cass., 30 janvier 1850 (50, 1, 241).

des marchandises, *si* elles sont à sa disposition dans ses magasins ou dans un dépôt public, *ou si*, avant qu'elles soient arrivées, il peut *constater* par un connaissement ou par une lettre de voiture l'*expédition qui lui* en a été faite. »

L'article prévoit deux hypothèses : première hypothèse, les marchandises sont à la disposition du commissionnaire; nous l'avons déjà examinée, passons; — deuxième hypothèse (qui est la nôtre), le commissionnaire peut constater par connaissement ou lettre de voiture l'expédition à lui faite.

Que faut-il établir? Est-ce la transmission? la cession? les signes extérieurs de la propriété? la possession personnelle? Rien de tout cela; mais seulement l'expédition des marchandises. Le commissionnaire est nanti par cela seul que la marchandise lui est adressée, par cela seul qu'il en est le destinataire. Le connaissement ici n'est pas, comme au cas de l'art. 137, un mode de transport, c'est un moyen de preuve; il constate que les marchandises ont été expédiées « pour être vendues pour le compte d'un commettant. » Eh bien! est-ce que l'endos irrégulier n'est pas suffisant pour établir ce fait? Le négociant qu'il désigne a le droit et le devoir de se faire délivrer la marchandise : le même acte constitue tout à la fois son obligation et son privilége. Que lui demande-t-on encore? Il a satisfait aux exigences formelles de l'art. 93; il en réclame le bénéfice.

413. Je pourrais peut-être m'arrêter là, si je ne tenais à démontrer que le système de l'affirmative n'est pas moins contraire aux principes généraux de la matière qu'au texte spécial du Code de commerce. Ce système repose sur deux idées que je crois également fausses et dangereuses.

La première consiste à voir la nullité du privilége dans la révocabilité du mandat. Sans doute, il est de l'essence du mandat d'être révocable; mais il en est de même de la commission; le commissionnaire est aux ordres du commettant, tout aussi bien que le mandataire aux ordres du mandant. De deux choses l'une, ou le privilége de l'art. 93 est une chimère irréalisable, ou bien, pour la réaliser, vous bouleversez toutes les règles du contrat de commission. Telle serait la conséquence logique de la doctrine qu'on nous oppose; telle est l'alternative où elle place ses partisans.

Mais il ne faut pas seulement la juger d'après ses résultats, il faut l'apprécier en elle-même. Selon moi, elle est profondément inexacte. La révocation du mandat, toujours possible, n'a d'effet que pour l'avenir; elle n'efface point le passé. « *Recte quoque mandatum, si dum adhuc* integra res sit *revocatum fuerit, evanescit*[1]. » Si le mandataire a fait des dépenses pour l'accomplissement du mandat, bien que le mandat soit révoqué avant d'être accompli, ces dépenses doivent lui être remboursées; et pour garantir ce remboursement, il aura le droit de rétention. Il en est du privilége pour le commissionnaire, comme du droit de rétention pour le mandataire; une fois établi par le double fait des avances fournies et de l'expédition constatée, il subsiste en dépit de toute révocation. Né de la commission, il ne s'éteint pas avec elle, et il faut bien qu'il en soit ainsi; car le plus souvent la mission du commissionnaire est terminée, la négociation faite et parfaite, lorsqu'il invoque son droit, c'est-à-dire l'application de l'art. 93. La révocabilité du mandat ne prouve

[1] *Institutes*, lib. III, tit. XXVI, § 9.

donc rien ; n'eût-il existé qu'un seul instant, cela suffit : son existence éphémère a créé un état de choses indestructible. L'avenir seul appartient au commettant.

414. La seconde idée sur laquelle repose le système de la négative consiste dans la nécessité de la possession personnelle pour le commissionnaire gagiste. Cette idée domine dans les plus graves arrêts de la jurisprudence; elle a été soutenue et développée par M. Troplong, qui la considère comme un argument péremptoire. Cependant elle nous paraît aussi inexacte que la première.

Le gagiste doit avoir la possession; mais quelle possession? Est-ce une possession à titre de propriétaire? Non, car sans cela il pourrait prescrire, ce qu'il ne peut faire; sans cela, il pourrait disposer de la chose, ce qui lui est interdit (art. 2078 C. Nap.); s'il en dispose, dans le cas de l'art. 93, c'est d'après les ordres et pour le compte du commettant.

Sans doute, la possession du gagiste n'est pas un simple fait; elle constitue un droit, et dans ce sens on peut dire qu'elle est personnelle. En résulte-t-il qu'elle doive présenter les apparences extérieures de la propriété? Nullement : le locataire et l'emprunteur possèdent, eux aussi, en vertu d'un droit qui leur est propre, et cependant ils ne possèdent pas à titre de propriétaire. Il en est de même du commissionnaire, il possède pour son commettant, en vertu de la procuration qui lui a été remise; mais, en même temps, il possède pour lui et dans son intérêt individuel, en vertu de l'expédition qui lui a été faite et des avances qu'il a fournies. Qu'importe aux tiers qu'il ait la propriété apparente des marchandises? Ils savent que ces marchandises sont ou peuvent être grevées d'un privi-

lége en sa faveur, comme elles le sont en faveur du voiturier, bien que le voiturier ne soit ni le propriétaire réel ni le propriétaire apparent des objets qu'il transporte. L'art. 93 est là pour les avertir : le mandat en matière commerciale confère privilége; l'un est la suite naturelle et nécessaire de l'autre; les séparer, sous prétexte qu'il n'y a pas eu transport de la propriété, c'est méconnaître le vœu du législateur et la nature du contrat, qu'il a entendu favoriser par des garanties toutes spéciales.

Quant aux formalités à remplir pour l'obtention du privilége, ce n'est pas dans l'art. 137, c'est dans l'article 93 combiné avec l'art. 281 qu'il faut les chercher. Il est vrai qu'on exige pour le commissionnaire et pour le cessionnaire un acte analogue; mais si l'acte est le même, s'ensuit-il que les énonciations doivent être identiques? Non, sans doute, puisque dans un cas il s'agit d'un contrat de vente, dans l'autre, d'un contrat de commission; dans l'hypothèse de l'art. 137 on veut opérer un transport, dans l'hypothèse de l'art. 93 on veut constater une expédition.

415. Les faits eux-mêmes protestent contre cette assimilation antijuridique; le contrat de commission répugne à l'endossement régulier. En effet, qu'est-ce que la valeur fournie dont parle l'art. 137 ? C'est le prix de la vente, rien de moins, rien de plus. Les avances du commissionnaire sont-elles le prix de la marchandise? Pas le moins du monde, elles peuvent être inférieures ou supérieures; c'est une anticipation sur le prix, ce n'est pas le prix lui-même. L'endossement sera donc toujours ou presque toujours causé d'une façon inexacte, mensongère; à quoi bon indiquer une cause si la cause est nécessairement fausse?

Ce n'est pas tout : quelles entraves et quels dangers pour le commerce dans ces endossements réguliers! Comment exprimer une valeur qui n'a pas encore été fournie, qui peut-être ne le sera jamais? Car enfin les avances ne sont pas nécessairement concomitantes du contrat, la négociation des marchandises est le but principal, le prêt et le gage ne sont que le but accessoire : pourquoi lier les parties dès le début de l'opération? pourquoi leur enlever ainsi la liberté d'agir, selon les besoins du moment et les nécessités des circonstances?

416. A côté des entraves se trouvent les dangers. Le commissionnaire porteur d'un connaissement par endos régulier, armé de l'art. 137, peut se prétendre propriétaire. Les présomptions sont pour lui, la preuve incombe au commettant : l'acte constate une vente, il milite contre la revendication du propriétaire; pour se faire rendre compte, il faut qu'il montre la procuration derrière le transport, qu'il fasse disparaître la propriété apparente pour y substituer la propriété véritable. Que de difficultés dans cette preuve! Que de ressources pour la fraude et la mauvaise foi!

Autre danger : le commissionnaire, muni du connaissement en vertu d'un endos régulier, transmet le connaissement à un autre et en obtient des avances, puis il fait faillite. Le commettant revendique sa marchandise; le délégué qui a fait des avances réclame son privilége et il l'obtient, car le commissionnaire étant propriétaire apparent, le délégué se trouvait de bonne foi et par suite valablement nanti. Le commettant n'a reçu aucune avance; il ne lui reste qu'une simple créance chirographaire contre la faillite du commissionnaire. Si l'endossement eût été irrégulier,

la délégation était impossible, ou du moins elle ne pouvait nuire au commettant, car le délégué n'aurait pu invoquer sa bonne foi, la procuration du commissionnaire limitant ses pouvoirs à la négociation des marchandises [1].

Ainsi, sous le triple rapport des textes, des principes et de la pratique des affaires, on doit admettre que l'endossement irrégulier, c'est-à-dire ne mentionnant pas la valeur fournie, doit suffire pour constater l'expédition faite au commissionnaire et lui assurer le privilége de l'art. 93 [2].

417. Comme on peut le voir par les citations faites plus haut, notre système est contraire à la jurisprudence de la Cour de cassation. Cependant son dernier arrêt se rapproche de notre solution, sinon au point de vue du principe, au moins au point de vue du résultat. En effet, cet arrêt permet au commissionnaire d'invoquer son privilége à l'encontre des autres créanciers du commettant tombé en faillite, s'il prouve qu'il a réellement fourni la valeur dont l'expression a été omise.

« Attendu que s'il est vrai que l'endossement d'un connaissement ne vaut que comme procuration, lorsqu'il n'annonce pas la valeur fournie, il est également certain que le porteur dudit connaissement peut toujours, comme lorsqu'il s'agit d'une lettre de change, prouver à l'encontre de l'endosseur qu'il a fourni la valeur du titre passé à son ordre; —Attendu que la maison Dumesnil et Bellanger, qui eût été en droit de faire cette preuve à l'égard de Lefébure, endosseur du

[1] *Sic* Delamarre et Lepoitvin, t. II, n° 416.

[2] *Sic* Massé, t. VI, n° 508; Douai, 5 janv. 1844 (44, 2, 257); Rouen, 2 décembre 1847 (48, 2, 201).

connaissement, doit jouir de la même faculté à l'égard des syndics de sa faillite qui le représentent... Rejette. » Ch. des req. 6 déc. 1852 [1].

418. La transmission du connaissement ou de la lettre de voiture suppose une expédition indirecte, c'est-à-dire adressée d'abord à une personne, puis à une autre. Nous avons reconnu que l'expédition pouvait être indirecte sans cesser d'être personnelle et par suite d'être conforme aux exigences de l'art. 93.

Quels rapports s'établissent sous l'empire de cette transmission, quel lien juridique en résulte? c'est ce qu'il importe de préciser. Deux hypothèses peuvent se présenter.

419. PREMIÈRE HYPOTHÈSE. — L'expéditeur adresse les marchandises à un premier commissionnaire, sans en recevoir d'avances; puis il révoque la commission et il ordonne au destinataire d'adresser les connaissements au profit d'un second commissionnaire dont il reçoit des avances.

Ici pas de difficulté : le premier intermédiaire disparaît; le porteur des connaissements est le commissionnaire de l'expéditeur, c'est contre l'expéditeur qu'il exerce son privilége.

420. SECONDE HYPOTHÈSE.— Le destinataire des marchandises endosse les connaissements au profit d'une troisième personne, qui lui fait des avances.

Le commissionnaire porteur des connaissements est-il substitué au lieu et place de l'endosseur? Peut-il réclamer privilége par cela seul que ce dernier remplissait vis-à-vis de l'expéditeur primitif les conditions requises par les art. 93 et 95? M. Troplong, dans son ouvrage sur le nantissement [2], enseigne l'affirmative. Il cite dans

[1] Dev., 53, 1, 616.
[2] Nos 251-255.

le même sens l'opinion de MM. Delamarre et Lepoitvin. C'est une erreur : MM. Delamarre et Lepoitvin[1] supposent « l'espèce d'un commissionnaire qui a sous-consigné la marchandise. » Ils se demandent si le délégué qui a fait des avances au déléguant a privilége sur les effets sous-consignés. Ils résolvent la question par une distinction très-juste. Si le déléguant agit en son nom, le délégué a privilége, car il est de bonne foi et le déléguant avait les apparences de la propriété. Si le déléguant agit au nom du commettant primitif, le délégué n'a pas de privilége ; car il connaissait la limite des droits du déléguant[2]. C'est la distinction que nous avons nous-même présentée à propos des effets produits par l'endossement irrégulier. Mais ils se gardent bien de dire que le délégué est mis au lieu et place du déléguant. Au contraire, « le délégué d'un commissionnaire qui lui a transmis ses pouvoirs et la marchandise, *suo sub proprio nomine*, est par rapport à ce commissionnaire ce que celui-ci est par rapport à son propre commettant. » Donc, il doit remplir vis-à-vis du déléguant les mêmes conditions que celui-ci remplissait vis-à-vis du commettant. En un mot, l'expéditeur primitif est hors de cause, le véritable expéditeur c'est celui qui a endossé le connaissement. Cette décision est d'une logique incontestable. Quelles en sont les conséquences ? Elles sont capitales. Le privilége est impossible : 1° si le déléguant et le délégué[3] habitent la même ville (art. 95) ; 2° si l'expédition d'une place sur une autre place a eu lieu de l'expéditeur au destinataire primitif, mais non de ce dernier au commission-

[1] T. I, n° 414.
[2] N°s 415-416.
[3] Ou d'une manière plus générale, l'endosseur et le commissionnaire ; car le destinataire primitif peut être un acheteur.

naire porteur du connaissement endossé à son ordre (art. 93).

421. Voyons l'état de la jurisprudence sur ce point. La première espèce que nous rencontrons est celle-ci : Leseigneur, du Havre, endosse au profit de la maison Brindeau, de Paris, un connaissement de marchandises *expédiées au Havre.* — Brindeau accepte les traites de Leseigneur. — Leseigneur fait faillite. — Brindeau se prétend privilégié.

Le 22 sept. 1824, jugement du tribunal du Havre qui repousse sa prétention.

Le 25 mars 1825, arrêt confirmatif de la Cour royale de Rouen.

« Attendu que les priviléges ne peuvent être étendus, et que celui réclamé par Brindeau et Fiévet ne repose sur aucun texte de loi ; qu'ils ne sont point commissionnaires ayant privilége dans le sens de l'art. 93 du Code de commerce, puisque les marchandises ne leur étaient pas expédiées; que le connaissement même porte qu'elles devaient être délivrées à la maison Leseigneur, au Havre... Qu'à la vérité, d'après l'art. 281 du même Code, un connaissement peut être à ordre et négocié, mais que la négociation d'un connaissement ne peut, pas plus que celle d'un effet de commerce, donner un privilége à celui qui en est saisi ; — Que le porteur d'un connaissement qui lui a été transmis par la voie de l'ordre n'est que le mandataire du propriétaire de la marchandise ; — Que l'art. 93 lui accorde bien le droit de la vendre pour le compte du commettant, mais qu'il n'a de privilége qu'autant que ce commettant a fait *au mandataire lui-même l'expédition* des objets énoncés dans le connaissement qui a été adressé ou négocié à ce dernier. »

Pourvoi en Cassation et rejet.

« Attendu... que l'art. 93 du Code comm., par exception aux règles générales, établit bien un privilége, mais il ne concerne que le commissionnaire qui a fait des avances sur la marchandise *à lui expédiée* d'une place pour être vendue au compte du commettant, et encore faut-il qu'elle soit à la disposition de ce commissionnaire dans ses magasins ou dans un dépôt public, ou *que l'expédition lui en ait été faite, ce qui ne se rencontre point dans la cause.* » (Arrêt du 27 juin 1825. Dev. C. N. à la date.)

Cet arrêt, que M. Troplong critique, me paraît irréprochable. Brindeau habitait Paris, la marchandise était adressée au Havre; donc il ne pouvait en être le destinataire. L'expédition ne lui était pas faite par son commettant, le privilége était inadmissible. Supposez Leseigneur à Paris et Brindeau au Havre, la solution change et le privilége devient légitime.

De 1826 à 1846, un grand nombre d'arrêts reconnaissent le privilége du commissionnaire qui se présente avec connaissement ou lettre de voiture endossés à son profit [1]. J'ai examiné avec soin les espèces qui ont provoqué ces décisions. Toutes réunissent cette double circonstance : l'endosseur et le commissionnaire ont un domicile distinct, la marchandise est expédiée sur la place où habite le commissionnaire; le commissionnaire est donc en règle vis-à-vis de l'endosseur en ce qui concerne les dispositions de l'article 93 et celles de l'art. 95.

[1] Rouen, 18 juillet 1827; Rejet, Req., double arrêt, 8 juin 1829; Aix, 25 août 1831 (33, 2, 162); Paris, 31 juillet 1835 (35, 2, 519); Rouen, 29 novembre 1838 (39, 2, 33); Cass., 1er décembre 1840 (41, 1, 161); Douai, 29 novembre 1843 (44, 2, 145); Douai, 5 janvier 1844 (44, 2, 257).

422. Des circonstances différentes se présentaient dans l'espèce soumise à la Cour de cassation en 1846. Voici les faits :

Lefébure, *de Rouen*, reçoit d'Angleterre des connaissements de marchandises ; il accepte les traites de la maison anglaise. Pour les payer, il emprunte à Dumesnil et Bellanger, *de Rouen*, et leur endosse ses connaissements. Faillite de Lefébure. Dumesnil et Bellanger se prétendent privilégiés.

D'après les principes que nous avons établis, et que l'arrêt de 1826 consacrait, leur prétention n'était pas recevable. En effet, ils étaient commissionnaires de Lefébure, non de la maison anglaise. C'est à lui qu'ils avaient fait des avances ; c'est contre lui qu'ils invoquaient l'art. 93 ; mais l'art. 95 les repoussait, car ils habitaient la même ville.

Le tribunal de commerce de Rouen rendit un jugement, dans ce sens, à la date du 29 novembre 1843.

Le 19 janvier 1844, arrêt de la Cour qui confirme :

« ... Sur le second moyen : Attendu que la maison Dumesnil et Bellanger ne peut invoquer à l'appui de sa prétention que les deux lettres à elle écrites à la date des 5 et 19 avril dernier ; que le sens de ces lettres ne peut être douteux ; qu'elles constatent au profit de cette maison un gage, un nantissement de marchandises pour la couvrir de ses avances ; qu'il est impossible de les convertir en un contrat de commission ; que ce contrat ne s'y révèle par aucune clause, par aucune énonciation ; attendu *que le sieur Elie Lefébure demeure dans le même lieu que Dumesnil et Bellanger* ; que ceux-ci ne s'étant pas conformés aux dispositions du Code civil, et n'ayant pas accompli les formalités nécessaires pour constituer le contrat de

gage, ils ne peuvent réclamer contre les tiers les droits et priviléges résultant de ce contrat. »

Cet arrêt a été cassé par la Cour suprême (16 décembre 1846)[1].

« Attendu qu'aux termes de l'art. 281 Code comm., les connaissements peuvent être à ordre; qu'il suit de là que lorsqu'ils sont transmis par endossement régulier, ils attribuent à la personne au profit de laquelle ils sont endossés les *droits et priviléges qui y sont attachés*...; — Attendu que lorsque des connaissements sont à ordre, l'intervention et le consentement de l'expéditeur ne sont pas nécessaires pour que la transmission, par voie d'endossement, opère la *substitution* d'une autre personne au commissionnaire; que vainement donc l'arrêt attaqué excipe de ce défaut d'intervention et de consentement... » Sur le renvoi, la Cour de Paris, par arrêt du 28 juin 1847 [2], s'est conformée à la doctrine de la Cour de cassation; et, le 9 décembre 1847 [3], la Cour de Rouen, dans une autre affaire, a rendu une décision analogue.

423. Malgré l'autorité de ces arrêts, je ne puis me laisser ébranler par leurs arguments.

Le connaissement en lui-même ne confère aucun privilége : c'est un moyen de preuve pour établir *l'un* des éléments les plus essentiels du privilége, à savoir l'expédition de la marchandise. Il ne suffit donc pas d'être substitué dans le connaissement pour être substitué dans le privilége. Le privilége est attaché à la qualité de commissionnaire ; mais cette qualité elle-même est intransmissible, elle est inhérente à

[1] Dev., 47, 1, 412.
[2] *Ibid.*, 415, note 1.
[3] *Ibid.*, 48, 2, 201.

la personne. Toute substitution est impossible sans la volonté du commettant. Le délégué peut être commissionnaire vis-à-vis du déléguant; il ne peut jamais le devenir vis-à-vis de l'expéditeur, si ce n'est en vertu d'un ordre formel de ce dernier. Maintenant, dans l'espèce, le délégué pouvait-il invoquer le titre de commissionnaire du déléguant? Non, car il habitait la même ville, et dès lors, aux termes de l'art. 95, il devait être considéré comme prêteur sur gages et soumis aux dispositions de l'art 2074 du Code Napoléon. Le privilége devait être repoussé comme il l'avait été par le tribunal de commerce et par la Cour royale. La Cour de cassation reviendra un jour, espérons-le, aux principes consacrés par elle en 1826, et qui seuls sont les véritables.

424. QUATRIÈME CONDITION. — *Domicile autre que celui du commettant.* — Nous avons établi dans notre théorie générale que l'art. 95 était une dérogation à l'art. 93; que la condition relative à la différence des domiciles devait être cumulée avec les autres conditions exigées par l'art. 93, et entre autres avec l'expédition de marchandises d'une place sur une autre. « Quand le propriétaire peut agir et vendre lui-même, le commissionnaire est inutile[1]. » D'ailleurs, rien de plus simple que l'observation des formalités exigées par l'art. 2074 du Code civil, lorsque les parties ont un domicile commun[2].

[1] *Disc. prélim.*, Locré, I, p. 45.

[2] « Comment voudrait-on que l'on fît la description minutieuse prescrite par l'art. 2074 du Code civil, puisque la marchandise n'est pas présente et qu'elle est entre les mains du voiturier ou du capitaine de navire ? » (M. Troplong, *Nantissement*, nº 170.) Cette description, alors même que la marchandise est en cours d'expédition, se fera au moyen des connaissements ou lettres de voiture. Pour s'en convaincre, il suffit

Nous ne reviendrons pas sur une discussion que nous croyons avoir épuisée ; nous voulons seulement entrer ici dans quelques détails pratiques et faire connaître l'état de la jurisprudence.

Plusieurs hypothèses peuvent se présenter où il y ait expédition d'une place sur une autre, bien que le commettant et le commissionnaire habitent la même ville.

425. PREMIÈRE HYPOTHÈSE. — *Expédition du dehors au dedans.* — Nunez et Raba sont tous deux négociants à Bordeaux. Nunez expédie des marchandises de Bayonne à Bordeaux et charge de leur vente Raba, qui lui fait des avances.

Raba est-il privilégié?

Le tribunal de commerce décide que non.

La Cour, par arrêt du 24 décembre 1824, infirme. Pour repousser l'application de l'art. 95, elle s'appuie sur ces mots: « marchandises déposées... » Le législateur suppose un dépôt, donc il n'a pas en vue le cas où les marchandises sont expédiées d'une autre place. — La réponse à cet argument est bien simple. L'art. 95 dit : « marchandises déposés ou *consignées*; » or, précisément, on entend par consignation l'expédition de la marchandise avec ordre de la vendre pour compte de l'expéditeur.

La Cour de cassation (Ch. des req.) rejeta le pourvoi

de rapprocher l'art. 2074 Code Nap. des art. 102 et 281 Code comm.

Art. 2074. « Ce privilége n'a lieu qu'autant qu'il y a un acte public ou sous seing privé dûment enregistré, contenant la déclaration de la somme due, ainsi que l'*espèce* et la *nature* des choses remises en gage, ou un état annexé de leurs *qualité, poids* et *mesure.* »

Art. 102 C. comm. « La lettre de voiture... doit exprimer la *nature* et le *poids* ou la *contenance* des objets à transporter. »

Art. 281 C. comm. « Le connaissement doit exprimer la *nature* et la *quantité,* ainsi que les *espèces* ou qualités des objets à transporter. »

formé contre cet arrêt, sans ajouter aucun motif [1].

426. SECONDE HYPOTHÈSE. — *Expédition du dedans au dehors.* — Le commettant et le commissionnaire habitent la même ville; le commissionnaire se charge d'expédier la marchandise au dehors, et quelquefois de la négocier ou de la faire négocier par ses agents au lieu de destination.

La jurisprudence a varié sur ce point. Après avoir proclamé ce que nous croyons être les vrais principes, elle s'en est écartée pour reconnaître au commissionnaire un privilége que l'art. 95 repousse d'une manière formelle.

Barillon, commissionnaire à Avignon, expédie pour compte des sieurs Aymard-Widmer, négociants en la même ville, dix bariques de garance en poudre; destination, Châlons-sur-Saône. — Aymard-Widmer font faillite. — Barillon se prétend privilégié. Le tribunal le déboute de sa demande par le motif que le commettant et le commissionnaire avaient un domicile commun. La Cour de Dijon confirme (6 août 1827), et la Cour de cassation (Ch. req.) rejette (9 avril 1829).

Une espèce plus compliquée était soumise au tribunal de commerce de Bordeaux. Villeneuve et Lasserve achètent pour 300,000 fr. de marchandises qu'ils remettent à veuve Delbos. Celle-ci leur fait une avance de 100,000 fr.; elle expédie *en son nom* les marchandises à Valparaiso. Toutes les parties habitaient Bordeaux. Le tribunal de commerce repousse le privilége. La Cour royale l'accorde (21 juillet 1834) [2]. La Cour de cassation rejette le pourvoi (Ch. des req., 16 dé-

[1] Rejet, Req., 7 décembre 1826.

[2] Dev., 34, 2, 533.

cembre 1835) [1]. Chose étonnante! La Cour suprême, dans son arrêt, ne discute pas un instant l'application de l'art. 95; elle le passe sous silence, elle se borne à déclarer que l'art. 93 n'est pas limitatif et qu'il comprend le cas de réexpédition par le commissionnaire aussi bien que le cas d'expédition par le commettant.

En 1841, la Cour de cassation (Ch. des req.) persista dans sa jurisprudence. Voici quelle était l'espèce : Payelle, tailleur à Dunkerque, expédie des habillements aux colonies; Carlier, qui habite la même ville, lui fournit des avances et reçoit les connaissements faits à son nom; la marchandise est négociée au lieu de sa destination par les correspondants de Carlier. Le privilége fut admis par le tribunal de commerce et la Cour de Douai (11 janvier 1840); le pourvoi dirigé contre l'arrêt fut rejeté (1er juillet 1841) [2]. « Attendu en droit que la seule condition exigée par la loi (art. 93 Code de comm.), pour donner lieu au privilége en faveur du commissionnaire à raison de ses avances sur les marchandises à lui expédiées, c'est qu'il y ait envoi des marchandises d'un lieu dans un autre pour y être vendues et le prix en être recouvré au compte du commettant par l'entreprise du commissionnaire; que cette condition existant, aucune disposition de la loi n'exige que le commissionnaire ait son domicile ou sa résidence dans le lieu où les marchandises sont envoyées, puisqu'il ne lui est pas interdit de recourir à des tiers pour l'accomplissement de son mandat [3]. »

[1] Dev., 30, 1, 50.
[2] Dev., 41, 1, 625.
[3] *Adde*, Rouen, 9 décembre 1847 (Dev., 48, 2, 201); *sic* MM. Troplong

427. On le voit, la jurisprudence fait abstraction complète de l'art. 95. Il faut le dire à l'honneur des tribunaux de commerce, les juges consulaires se sont montrés sur cette question observateurs plus stricts et plus fidèles de la loi que les Cours d'appel et la Cour de cassation[1] (Ch. des req.). L'extension du privilége du commissionnaire répugne aux négociants; ils sentent bien qu'il y a là un péril pour la sincérité des transactions, la sécurité du commerce et la facilité du crédit. Si les gages tacites se multiplient ainsi de toute part, que deviendra la masse des créanciers chirographaires? Qui voudra vendre sans être nanti ou payé comptant? Et alors cette circulation rapide que le législateur a voulu encourager se ralentit; avant d'arriver au consommateur et au fabricant, la marchandise séjourne entre les mains des prêteurs sur gages. L'art. 93 contenu dans de justes limites par ses propres termes et par les dispositions de l'art. 95 devait être un bienfait; élargi outre mesure, au mépris des textes les plus positifs, ce n'est plus qu'une source de troubles, d'inquiétudes et de ruine.

428. Quant au sens du mot *domicile* dans l'art. 95, il a été déterminé d'une manière très-exacte par la Cour d'Aix, dans son arrêt du 25 août 1831[2]. Il s'agit non pas d'une résidence fortuite ou accidentelle, mais d'une résidence fixe, continue; le domicile pour le négociant suppose un centre d'affaires, un lieu de sé-

(164-170); Massé, VI, 471; *contra*, Pardessus, n° 1203; Locré, *Esprit du Code de comm.*, I, p. 478; Delvincourt, p. 53; Montgalvy, *Analyse du Code de comm.*, I, p. 145.

[1] M. Troplong lui-même le constate, n° 164.

Il est à remarquer que le débat n'a pas encore été porté devant la Chambre civile; il le sera sans doute un jour: il est digne de subir la double épreuve des deux chambres de la Cour suprême.

[2] Dev., 33, 2, 162.

jour et non un lieu de passage. Arata, de Civita-Vecchia, expédie à Margaria, de *Gênes*, des marchandises, destination Toulon et Marseille; Margaria, qui se trouve par hasard à *Marseille*, endosse le connaissement au profit de *Luce*, négociant de la même ville. Luce est privilégié ; il n'y a pas domicile commun [1].

429. 5° *Dans quel rang le privilége est-il établi ?*— Le privilége du commissionnaire peut se trouver en concours avec les priviléges de l'art. 2102 C. Nap., avec le privilége de la douane, avec le privilége de la régie des contributions indirectes, avec le privilége du vendeur et bien d'autres encore. Pour déterminer sa place dans chacune de ces hypothèses, il nous faudrait exposer toute une théorie sur les priviléges et sur leur classement [2]. Cette matière, une des plus épineuses de notre droit, ne saurait être traitée sous forme incidente et nous n'avons pas la prétention de le faire.

Mais nous examinerons le cas particulier du *concours entre le privilége du vendeur et le privilége du commissionnaire*. C'est le cas qui se présente le plus fréquemment dans la pratique.

430. L'art. 576, 1er al., s'exprime en ces termes : « Pourront être revendiquées les marchandises expédiées au failli, tant que la tradition n'en aura point été effectuée dans ses magasins ou dans ceux du commissionnaire chargé de les vendre pour le compte du failli. Néanmoins, *la revendication ne sera pas recevable* si, avant leur arrivée, les marchandises ont été *vendues* sans fraude, sur factures *et* connaissements ou lettres de voitures signées par l'expéditeur. »

[1] Espéce et solution de l'arrêt précité.

[2] Voy. sur ce point l'ouvrage si remarquable de M. Valette, *Priviléges et hypothèques*.

Ainsi, quand la tradition est effectuée dans les magasins du commissionnaire, le droit de revendication du vendeur est éteint. Or, comme le droit de revendication ne peut se fonder que sur la résolution de la vente, puisque la vente est translative de propriété, il s'ensuit que le droit de résolution est également éteint. Quant au privilége, il ne saurait non plus être invoqué, puisqu'aux termes de l'art 2102 Code Nap. 4°, il suppose la possession de la chose, et qu'ici la possession a disparu; la revendication de la possession (permise dans la huitaine si la vente est à terme) me paraît aussi comprise dans la généralité des mots dont se sert l'art. 576.

Maintenant plaçons-nous dans l'hypothèse où la chose n'est pas encore dans les magasins du commissionnaire. En vertu du deuxième alinéa de l'art. 576, l'acheteur a pu revendre les marchandises, sans que le vendeur primitif puisse faire obstacle au droit du dernier acquéreur. S'il a pu transmettre la propriété entière et incommutable, à plus forte raison il peut la grever d'un droit réel, d'un privilége tel que celui de l'art. 93. C'est un point désormais certain en jurisprudence et en doctrine[1]. Le but de l'art. 576 est de protéger la circulation des marchandises, la sécurité des transmissions commerciales. Le droit du premier vendeur, quelque respectable qu'il soit, ne saurait paralyser le mouvement des affaires, et ce mouvement se manifeste par la négociation de la marchandise, sous

[1] *Sic* Merlin, *Questions*, v° REVENDICATION, § 7; MM. Troplong, n°s 100-102; Delamarre et Lepoitvin, II, n° 412; Massé, VI, n° 532; Gênes, 12 juillet 1813; Bruxelles, Cour sup., 13 nov. 1818; Rouen, 18 juillet 1827; Rejet, Req., 8 juin 1829; Rouen, 18 juillet 1829; Aix, 25 août 1831 (33, 2, 162); Rouen, 29 novembre 1828 (39, 2, 33); Cass., 1er décembre 1840 (41, 1, 161).

toutes ses formes, aussi bien sous forme de commission de vente que sous forme de vente directe, sans intermédiaire[1].

CHAPITRE VIII.

FIN DE LA COMMISSION.

431. La commission s'éteint, comme le mandat, par la révocation, la renonciation, la mort du commettant ou du commissionnaire, le changement d'état de l'un ou de l'autre, la cessation des pouvoirs du commettant.

Nous n'avons rien à ajouter à ce que nous avons déjà dit au titre du mandat, sauf sur un point, la renonciation du commissionnaire.

432. *Renonciation.* — Le commissionnaire a précisément pour profession de traiter les affaires d'autrui; dès lors, on ne saurait dire qu'il ait un juste motif de

[1] On discutait autrefois, sous l'empire du Code de commerce de 1807, si le privilége du commissionnaire constitué dans les dix jours qui précèdent la déclaration de faillite était valable. Aujourd'hui, sous l'empire de la loi de 1838, la question est tranchée par l'art. 446 : « Sont nuls et sans effet... toute hypothèque conventionnelle ou judiciaire et tous droits d'antichrèse ou de *nantissement* constitués sur les biens du débiteur pour *dettes antérieurement contractées.* » Nous avons reconnu que le privilége du commissionnaire n'était applicable qu'aux *avances postérieures* à l'expédition de la marchandise; il ne peut donc jamais être écarté par l'art. 446. Que si l'on admet, contre notre opinion, la possibilité du privilége pour avances antérieures à l'expédition, il faut du moins que ces avances ne remontent pas au delà des dix jours. Les termes de la loi sont formels; c'est ce que décide M. Troplong, nos 257-260; V. Aix, 25 août 1831 : Bordeaux, 28 janvier 1839 ; Rouen, 4 juillet 1842; Douai, 29 novembre 1843; Cass., 3 août 1847 (48, 1, 131) ; Lyon, 31 déc. 1847 (48, 2, 351); Rouen, 7 juillet 1853 (54, 2, 387).

préférer les siennes à celles du commettant; il est naturel que le public puisse compter sur lui, et l'intérêt du commerce exige qu'il en soit ainsi. En conséquence, je crois, avec MM. Delamarre et Lepoitvin [1], que l'article 2009 lui est inapplicable et qu'il ne pourrait renoncer à la commission, sous prétexte qu'elle lui causerait un préjudice considérable.

Est-ce à dire qu'il ne pourra jamais renoncer? Nullement. Il pourra renoncer toutes les fois que le commettant ne lui fournit pas les garanties promises et même lorsqu'il survient dans ses affaires un dérangement tel que le commissionnaire puisse craindre son insolvabilité [2]. La confiance est l'âme de la commission, comme du mandat; dès que cette confiance est ébranlée d'une manière sérieuse, le commissionnaire ne peut plus être obligé de continuer sa gestion [3]. Je ne parle pas du cas de maladie grave, parce que c'est un cas d'impossibilité d'exécution; il n'y a pas extinction par renonciation, mais bien par force majeure.

CHAPITRE IX.

APPENDICE SUR LA COMMISSION POUR LES TRANSPORTS PAR TERRE ET PAR EAU.

433. La commission est un contrat qui se prête à une foule d'opérations diverses; elle peut avoir pour objet la vente ou l'achat de marchandises, l'assurance,

[1] T. II, n° 46.
[2] *Decoxioni proximus*, dit Casaregis.
[3] *Sic* MM. Del. et Lep., II, n° 47.

la négociation de valeurs nominatives, à ordre ou au porteur, enfin, les transports par terre et par eau. Nous n'entrerons pas dans l'examen de tous ces cas particuliers; d'abord, parce que nous ne pourrions faire autre chose qu'appliquer à des espèces différentes les mêmes principes, ensuite, parce que l'application de ces principes nécessiterait une étude approfondie des ventes commerciales, de lettres de change, des assurances, etc., ce qui nous entraînerait hors du cadre de notre ouvrage, mais nous dirons quelques mots de la commission pour transports et cela par deux motifs:

Le premier, c'est qu'elle est soumise à certaines règles spéciales que nous avons déjà indiquées, sous forme d'exceptions, dans divers endroits, mais qu'il est utile de réunir d'une manière méthodique. Le second, c'est qu'elle a une très-grande analogie avec l'entreprise de transports et qu'il importe de l'en distinguer.

SECTION I. — Règles spéciales a la commission pour transports par terre et par eau.

434. Ces règles sont relatives:

1° A la preuve du contrat;

2° A la responsabilité du commissionnaire.

§ 1. — Preuve du contrat.

La commission pour transports est, comme toute autre, un contrat consensuel, et peut se prouver par tous les moyens possibles; mais, dans l'usage, elle se constate par un connaissement pour les transports maritimes, et par une lettre de voiture pour les transports terrestres.

Le connaissement doit contenir certaines indica-

tions spéciales énumérées par la loi dans l'art. 281 C. comm.; entre autres, le détail des marchandises; les noms du chargeur, du destinataire et du capitaine; le nom et le tonnage du navire; le lieu du départ et de la destination; le prix du fret.

Il doit être fait en quatre originaux, signés par le chargeur et le capitaine, dans les vingt-quatre heures après le chargement; un de ces originaux est remis au chargeur, l'autre à l'armateur, le troisième au capitaine, le quatrième au destinataire (art. 282).

L'importance de ce connaissement est telle, qu'il fait pleine foi entre les parties intéressées et même vis-à-vis les assureurs (art. 283).

Il peut être à ordre, au porteur ou à personne dénommée (art. 289, dernier al.).

435. Quant à la lettre de voiture, elle doit contenir des indications analogues: les noms et domiciles du destinataire, du commissionnaire et du voiturier; la désignation exacte des marchandises avec marques; le prix de la voiture; le délai de transport et l'indemnité due pour cause de retard.

Elle est signée par l'expéditeur ou le commissionnaire, copiée par ce dernier sur un registre coté et paraphé, sans intervalle et de suite (art. 102).

Elle ne fait pas foi vis-à-vis des tiers comme le connaissement, mais elle « forme contrat entre l'expéditeur, le commissionnaire et le voiturier (art. 101). »

§ 2. — Responsabilité du Commissionnaire.

436. Sa responsabilité est exorbitante du droit commun, sous un double point de vue.

D'abord « il est garant de l'arrivée des marchan-

dises dans le délai déterminé par la lettre de voiture, hors les cas de la *force majeure, légalement constatée* (art. 97). »

Les mots « légalement constatée » ne signifient pas, à coup sûr, constatée d'après les règles ordinaires du droit, car cela était bien inutile à dire, et nous ne retrouvons ces termes dans aucunes dispositions relatives à la force majeure. Aussi la jurisprudence les interprète dans ce sens, que la constatation doit avoir lieu par un « procès-verbal régulier », ce qui est toujours possible quand il s'agit de transports. La doctrine est, du reste, d'accord avec la jurisprudence sur ce point [1].

437. Nous avons vu qu'en général le commissionnaire, quand les circonstances le forcent à se donner un substitué, ne répond que de son choix, mais non du substitué lui-même. Ici il en est autrement ; le commissionnaire répond dans tous les cas, et d'une manière absolue « *des faits du commissionnaire intermédiaire*, auquel il adresse les marchandises (art. 99). »

Le législateur a usé d'une très-grande sévérité vis-à-vis des commissionnaires de transports, parce que leur négligence cause un énorme préjudice aux intérêts commerciaux, et qu'ils se montrent toujours prêts à décliner la responsabilité qui pèse sur eux.

[1] V. MM. Del. et Lep., n° 74, et le jugement du Tribunal de commerce de Rennes, en date du 2 avril 1811, confirmé par la Cour. *Adde* Colmar, 6 janvier 1815.

SECTION II. — DIFFÉRENCE ENTRE LA COMMISSION POUR TRANSPORTS ET L'ENTREPRISE DE TRANSPORTS.

438. La commission pour transports et l'entreprise de transports ont entre elles une grande analogie.

Le commissionnaire et l'entrepreneur doivent exécuter ou faire exécuter le transport promis; tous deux répondent du retard, des avaries, des pertes autres que par force majeure; tous deux ont des intermédiaires qu'ils se substituent, tous deux répondent de leurs substitués.

Mais les différences, quoique délicates, sont sensibles. Nous avons déjà dit que la commission, comme le mandat, avait pour objet un acte juridique; le louage d'industrie, au contraire, un acte purement matériel ou intellectuel. — Qu'en résulte-t-il dans notre espèce? C'est que le commissionnaire promet un *contrat* de transport, l'entrepreneur promet simplement le *fait* du transport. La distinction que nous avons énoncée n'est pas purement théorique; elle a des conséquences pratiques d'une très-haute importance.

439. En effet, le commissionnaire, bien qu'il agisse en son nom, ne gère pas son affaire; dès lors il doit rendre compte au commettant; il doit lui rendre compte de tout ce qu'il a fait, et il ne lui sera rien remboursé au delà de ses frais et salaires; s'il conclut le marché avec un entrepreneur de transports à un prix au-dessous du maximum fixé par le commettant, il ne devra rien réclamer de plus que ses déboursés: c'est le commettant qui profite de la diminution. Au contraire, l'entrepreneur ne doit aucun compte des frais du transport; il a pris l'entreprise à forfait;

s'il l'exécute à bon marché, tant mieux pour lui; il gère sa propre affaire, non celle de l'expéditeur; il contracte non pas seulement en son nom, mais pour son compte; en un mot, il est soumis non pas aux règles de la commission, mais aux règles du louage d'industrie; et ces règles sont bien différentes, comme nous le verrons dans le titre suivant, où nous mettrons en parallèle les trois contrats qui sont l'objet de notre étude.

TROISIÈME PARTIE.

TITRE IV.

SOMMAIRE.

TROISIÈME PARTIE.

DROIT ACTUEL.

TITRE IV.

Parallèle des trois contrats.

440. Nous avons suivi tour à tour le louage d'industrie, le mandat et la commission dans leur développement historique, dans toute la série des principes qui les constituent et dans les applications diverses, conséquences logiques de ces principes.

Nous avons vu que ces contrats se touchent sur certains points, se séparent nettement sur d'autres; la confusion n'est jamais entière, la séparation est quelquefois délicate, mais enfin toutes deux se laissent apercevoir aux yeux du jurisconsulte attentif. Il importe maintenant de rassembler ces traits épars, de les grouper en quelque sorte en un seul faisceau, afin de faire apparaître, d'une manière plus vive et plus saillante, tout ce qu'ils ont de caractéristique; il importe après l'exposé des détails d'embrasser l'ensemble de la matière, et d'arriver à une conclusion synthétique. Nous allons donc résumer, en quelques pages, d'abord les analogies et ensuite les différences qui existent entre le louage de services et d'ouvrage, le mandat et la commission.

CHAPITRE I.

ANALOGIES.

Ces analogies se manifestent sous plusieurs points de vue; nous les examinerons successivement l'une après l'autre.

441. I. *Objet.* — Et d'abord, nos trois contrats ont cela de commun qu'ils ont tous pour objet la prestation d'un certain service, l'exécution d'un certain fait.

Je sais bien qu'en prenant le mot fait dans un sens large, il en est de même de tous les contrats en général; toutes les fois que les hommes se rapprochent pour faire une convention, il s'agit toujours d'un service demandé d'une part, promis de l'autre; et l'obligation qui en résulte consiste toujours dans un acte émanant de l'activité personnelle du débiteur. — Mais dans la langue juridique le mot « fait » a un sens plus restreint; il désigne toute espèce de service rendu à autrui, en dehors d'une translation de propriété, ou d'une cession quelconque de droits sur une chose.

442. Les faits qui sont l'objet du louage d'industrie, du mandat et de la commission ont encore cela de distinctif, qu'ils ne peuvent jamais être obtenus directement, et que leur inexécution n'entraîne jamais autre chose que des dommages-intérêts.

Il est bien certain qu'ils ne sauraient être obtenus par la violence exercée sur la personne du débiteur; les principes de notre droit actuel repoussent un pareil moyen. Mais ils ne peuvent pas non plus être obtenus par l'effet seul d'un jugement; ainsi, vous m'avez vendu

ou loué une chose, je me ferai déclarer propriétaire ou envoyer en possession de la chose. Au contraire, vous m'avez promis un certain travail, vous m'avez promis la gestion de telle affaire; si vous manquez à vos engagements, il m'est impossible d'obtenir le fait même que vous m'avez promis; on me donnera un équivalent en argent.

Ce caractère remarquable des faits qui sont l'objet de nos trois contrats tient à ce que leur exécution dépend de la personne physique ou intellectuelle du débiteur, non de sa personne juridique. Pour vendre une chose, il suffit d'en être propriétaire; pour gérer une affaire ou accomplir un ouvrage, il faut une certaine habileté, un certain crédit, une certaine expérience, toutes choses que les abstractions du droit et les décisions de la justice ne peuvent faire passer d'une personne sur une autre.

443. II. *Sujet.* — Ainsi, dans le louage d'industrie, dans le mandat et la commission, nous nous trouvons en présence de deux parties: l'une qui commande et reçoit le service, l'autre qui le promet et le rend. La première doit toujours être capable de s'obliger; il semble qu'il en devrait être de même pour l'autre partie. Mais nous verrons qu'ici, au contraire, le mandat et quelquefois la commission diffèrent du louage.

444. III. *Forme.* — Aucun d'eux n'est soumis à des formalités substantielles, ils se forment par le pur et simple consentement; en cela ils se distinguent du dépôt et de quelques autres contrats qui, par la nature même des choses, sont des contrats réels dans ce sens qu'ils ne peuvent naître qu'après tradition de la chose.

445. IV. *Obligations.* — Pour celui qui commande

le service, il y a deux obligations qui se retrouvent également dans nos trois contrats :

1° Indemniser celui qui le rend des pertes que l'exécution du fait promis lui occasionne;

2° Lui payer le salaire convenu.

Pour celui qui promet le service, il y trois obligations communes :

1° Exécuter le service, et cela d'une manière convenable et dans le délai fixé;

2° Répondre des choses qui lui sont confiées, sauf les cas de force majeure;

3° Répondre de ceux qu'il se substitue dans l'exécution.

446. v. *Garanties des obligations.* — Dans tous les cas, les obligations de celui qui commande le service sont garanties par le *droit de rétention* au profit de celui qui le rend ; c'est-à-dire que celui-ci peut retenir la chose qu'il détient, jusqu'à l'acquittement de ce qui lui est dû à raison de cette même chose. Sur ce point il n'y a pas à distinguer entre le mandataire, le commissionnaire et l'ouvrier ou autre locateur de services.

447. vi. *Fin du contrat.*— Enfin le contrat finit toujours (outre les modes de droit commun) par la mort de celui qui a promis ses services. Cela tient à la nature du fait promis, fait essentiellement personnel ; d'où il suit que le contrat a lieu *intuitu personæ*, en considération de la personne, et dès lors doit s'éteindre avec la personne elle-même.

448. vii. *Preuve du contrat.* — Quant à la preuve du contrat, elle reste, dans tous les cas, sous l'empire des principes généraux, du moins en ce sens qu'un écrit n'est jamais exigé au-dessous de 150 fr. ; car s'il s'agit d'une somme supérieure à 150 fr., les différences se

manifestent, et (comme nous le verrons au chapitre suivant) l'art. 1341 n'est pas toujours suivi.

CHAPITRE II.

DIFFÉRENCES.

449. I. *Objet*.— C'est une chose merveilleuse que la diversité des faits qui émanent de l'activité humaine et qui engendrent, par leur variété, les diverses espèces de contrats. Non-seulement les faits qui constituent l'objet du mandat, du louage d'industrie et de la commission, offrent dans leur ensemble des traits distinctifs et caractéristiques, mais encore ils nous présentent entre eux des nuances remarquables, qui ne permettent pas de les confondre les uns avec les autres.

L'objet du louage d'industrie est un *certain travail*, un simple fait matériel ou intellectuel, un fait qui, par lui-même, n'a aucun caractère juridique, exclusif de toute idée de représentation d'une personne par une autre, exécuté pour celui qui le commande, mais non pour son compte et jamais en son nom.

Au contraire, quand il s'agit du mandat ou de la commission, le fait promis est un *acte juridique*, une opération de droit, acte qui entraîne nécessairement des obligations de la part des tiers ou vis-à-vis d'eux, acte accompli au nom du mandant, quelquefois au nom du commettant, toujours pour le compte de l'un ou de l'autre[1].

[1] V. sur le sens de ces mots, « pour compte d'une personne, » n° 439.

450. Ces deux catégories de faits se subdivisent elles-mêmes chacune en deux autres.

Ainsi, le travail peut être apprécié en proportion du temps, ou en proportion du résultat : dans le premier cas, il y a louage de services, dans le second, louage d'ouvrage.

D'autre part, l'acte juridique peut être ou une opération civile ou une opération commerciale; dans le premier cas il y a mandat, dans le second cas commission. Quant à la différence entre les actes de commerce et les actes civils, elle résulte, soit de la qualité des personnes, soit de la nature de l'acte, soit du but qu'on se propose en l'exécutant[1].

451. En résumé : un *fait pur et simple*, voilà l'objet du louage ;

Un *acte de droit civil*, voilà l'objet du mandat ;

Un *acte de droit commercial*, voilà l'objet de la commission.

Toute autre distinction nous paraît insuffisante ou inexacte : insuffisante, par exemple, quand elle repose sur le caractère gratuit ou intéressé des contrats, parce que tous les trois ils peuvent être à titre onéreux ; inexacte et dangereuse quand elle prend son point de départ dans une prétendue classification de contrats nobles ou ignobles, de professions libérales ou illibérales, les unes correspondant aux autres.

Entre les contrats qui sont le lien et l'âme de la société, *quibus societas continetur*, dit Cicéron, comme entre les professions qui concourent toutes à l'ordre et au bien-être général, il y a *diversité*, mais il ne saurait y avoir *inégalité* : le salaire de l'une est aussi honora-

[1] V. n[os] 348-349 ; 380-386.

ble que le salaire de l'autre; tous deux sont la juste récompense du travail, et si la reconnaissance vient s'y joindre, elle est le prix glorieux du dévouement ou l'effet d'une bienveillance naturelle que Dieu inspire au cœur de l'homme, sans distinguer le rôle plus ou moins brillant qu'il joue dans ce monde[1].

452. II. *Sujet.* — Les différences que nous avons signalées, au point de vue de l'objet du contrat, sont fondamentales; on pourrait presque dire que toutes les autres en découlent.

S'agit-il de la capacité des parties? Eh bien! le locateur d'ouvrage doit toujours être capable, parce qu'il agit toujours en son nom.

Au contraire, le mandataire peut être incapable, parce qu'il n'est que l'organe du mandant, *nudus minister;* il oblige le mandant envers les tiers, et il oblige les tiers envers lui; pour cela, il lui suffit d'une capacité empruntée; bien entendu, il n'en sera pas de même dans ses rapports avec le mandant, car alors il pourra invoquer tous les privilèges accordés à l'incapable.

Quant au commissionnaire, nous avons reconnu qu'il pouvait agir soit en son nom, soit au nom du commettant; mais il ne faut pas oublier qu'en principe il est censé agir en son nom; il doit donc sur ce point être rangé dans la même catégorie que le locateur d'ouvrage.

453. III. *Obligations.* — S'agit-il des obligations des parties entre elles ou vis-à-vis des tiers?

Le commissionnaire et le mandataire agissent pour compte du mandant et du commettant; de là il résulte qu'ils doivent être remboursés de toutes leurs dépen-

[1] V. pour la discussion de cette question, nos 293-304

ses faites de bonne foi; et cela, même en dehors du salaire qui a pu être stipulé. Au contraire, l'entrepreneur d'ouvrage ne peut rien réclamer au delà de son prix: les dépenses qu'il fait, il les fait pour son compte et non pour le compte d'autrui : si elles dépassent le prix ou si elles restent au-dessous, c'est lui qui en doit souffrir ou profiter. Du reste, le salaire, qui est essentiel au louage, n'existe, au cas de mandat, que par suite d'une convention expresse. Au cas de commission, il pourrait aussi ne pas exister, mais en principe il se présume.

Quand le mandat est gratuit, alors le mandataire est traité dans ses obligations avec plus d'indulgence que le locateur d'ouvrage, le commissionnaire ou le mandataire salarié : « la responsabilité relative aux fautes lui est appliquée moins rigoureusement [1]. »

454. *Vis-à-vis des tiers*, celui qui a commandé le service n'est tenu, au cas de louage, que jusqu'à concurrence de ce qu'il doit à l'entrepreneur [2]. Au contraire, s'il y a mandat, le mandant se trouve obligé comme s'il avait contracté lui-même et sans qu'il puisse s'acquitter entre les mains du mandataire [3]. Au cas de commission, il en pourra être de même; car le commissionnaire peut agir au nom du commettant, mais (sauf convention contraire) il est présumé agir en son nom, de même qu'il est présumé salarié.

455. IV. *Garanties.* — Les garanties des obligations varient encore plus peut-être que les obligations elles-mêmes.

Outre le droit de rétention, qui est commun aux

[1] Art. 1992.
[2] Art. 1798.
[3] Art. 1998.

trois contrats, nous trouvons dans notre matière deux garanties spéciales : la solidarité et le privilége.

En principe, la *solidarité* doit être expresse et résulter d'une convention. Le principe a été maintenu à l'égard du louage pour l'une et l'autre partie.

A l'égard de la commission, le principe est contesté; nous avons reconnu qu'il devait être respecté, mais qu'en pratique la solidarité existait souvent, sinon en vertu d'une présomption de droit, du moins en vertu de l'intention des parties et des devoirs rigoureux imposés au commissionnaire. Entre commettants, la solidarité résulte de l'art. 2002 C. Nap., étendu à la commission. A l'égard du mandat, la solidarité est établie en faveur du mandataire contre les comandants; la réciproque n'est pas admise.

456. Arrivons maintenant au *privilége*. Le privilége est bien plus exorbitant du droit commun que la solidarité : il naît de la faveur de la créance; cette faveur elle-même peut être inspirée par divers motifs, motifs d'humanité, de sécurité pour le crédit, de facilité pour la circulation des marchandises; quelquefois, cette faveur naît de l'existence d'un gage tacite, quelquefois, elle se présente comme l'expression pure et simple de l'équité.

Nous ne trouvons aucun privilége applicable au mandat; le louage d'industrie, au contraire, nous en présente un très-grand nombre :

1° Privilége des gens de services, pour le salaire de l'année échue et ce qui est dû sur l'année courante (2101 4°);

2° Privilége des ouvriers et des commis employés directement par le failli, les uns pour les salaires du mois, les autres pour les salaires des six mois qui ont

précédé la déclaration de faillite (art. 549 C. comm.);

3° Privilége des médecins pour frais de la dernière maladie (art. 2101 3°).

(Ces trois premiers sont généraux et portent sur tous les biens du débiteur. Les autres sont des priviléges spéciaux.)

4° Privilége des matelots sur le navire et le fret (art. 271 C. comm.);

5° Privilége des ouvriers maritimes sur le navire qu'ils ont construit ou réparé (art. 191 8° C. comm.);

6° Privilége de l'ouvrier, pour conservation de la chose, sur la chose conservée (art. 2102 3°);

7° Privilége du voiturier sur la chose voiturée (article 2102, 6°);

8° Privilége de l'architecte ou constructeur sur la plus-value, dûment constatée, résultant des travaux faits (art. 2103 4°).

Enfin, la commission nous présente un privilége : le privilége du commissionnaire sur les marchandises à lui expédiées (art. 93-95 C. comm.).

457. V. *Durée du contrat.* — Les différences, quant à ce qui touche la durée ou la fin du contrat, sont saillantes. Et d'abord, le mandat ou la commission peuvent avoir une durée illimitée; au contraire, quand il s'agit du louage de services des domestiques et ouvriers, le contrat est nul, s'il n'est fait pour un certain temps, ou pour une entreprise déterminée.

Ensuite le mandat ou la commission finissent par la volonté du mandant ou du commettant (révocation), et aussi par celle du mandataire ou du commissionnaire (renonciation). Cela n'arrive jamais pour le louage d'industrie, à moins qu'aucun terme exprès ou tacite n'ait été fixé. Il est vrai que le texte de l'ar-

ticle 1794 semble dire le contraire, pour le cas de marché à forfait; mais si le maître peut résilier par sa seule volonté, c'est sous la condition de payer à l'entrepreneur toutes ses impenses, tous ses travaux, et tout ce qu'il aurait pu gagner dans cette entreprise; ce sont là de véritables dommages et intérêts; et à ce prix la résiliation est permise dans toute espèce de contrat.

Le mandat ou la commission finissent par le changement d'état de l'une ou l'autre partie. Le louage de services ou d'ouvrage n'admet pas ce mode d'extinction.

Enfin, le mandat et la commission finissent par la mort du mandant ou du commettant. Le louage d'industrie, en général, persiste malgré la mort du maître; il en pourrait être autrement, mais dans des cas tout à fait exceptionnels, et où l'obligation de celui qui promet ses services apparaîtrait, d'une manière évidente, contractée en vue de la personne qui les reçoit.

458. VI. *Preuve.* — Ces différences relatives à la fin du contrat entraînent d'autres différences relatives à la preuve.

De ce que le mandat et la commission sont susceptibles d'être révoqués, il s'ensuit que ce sont des contrats unilatéraux, ou (pour parler plus exactement la langue des docteurs) synallagmatiques imparfaits. Dès lors l'art. 1325 leur est inapplicable.

Au contraire, le louage d'industrie est un contrat synallagmatique parfait; dès lors l'écrit qui le constate est soumis à la nécessité des doubles.

Cette différence, qui concerne la preuve par écrit, n'est pas la seule.

Ainsi le mandat au-dessus de 150 fr. n'admet ja-

mais la preuve testimoniale. La commission l'admet toujours, car elle admet toutes les preuves de droit commercial.

Le louage l'admet quelquefois :

1° Quand l'entrepreneur est un commerçant;

2° Quand il s'agit d'un voiturier, même non commerçant, — telle est, du moins, l'opinion que nous avons adoptée [1].

Ainsi encore le louage de services des domestiques et ouvriers admet la preuve (non pas du contrat), mais de la quotité des gages, du payement des salaires de l'année échue et des avances faites sur l'année courante, par simple serment du maître. Ce mode de preuve exorbitant du droit commun demeure étranger au mandat et à la commission.

459. VII. *Prescription.* — La prescription libératoire est, en général, de trente ans; mais notre matière nous offre une foule de prescriptions spéciales, d'une plus courte durée, et qui introduisent encore de nouveaux éléments de distinction entre les trois contrats qui nous occupent.

Ainsi, au cas de Louage d'industrie :

1° Prescription, par *dix ans*, de la garantie contre l'architecte; nous rappelons que, d'après notre système, cette prescription embrasse tout à la fois l'action en garantie et le délai pendant lequel elle peut naître [2] (art. 1792-2270).

2° Prescription, par *six mois*, de l'action des maîtres et instituteurs des sciences et arts, pour les leçons qu'ils donnent au mois (art. 2271, 1[er] al.); prescription

[1] V. n° 228.
[2] V. n[os] 273-279.

de l'action des ouvriers et gens de travail, pour le payement de leurs journées, fournitures et salaires (art. 2271, 3e al.).

3° Prescription, par *un an*, des salaires des matelots (art. 433 C. comm.); de l'action des médecins, chirurgiens et apothicaires (art. 2272, 1er al.); de l'action des maîtres de pension, pour le prix de la pension de leurs élèves et des autres maîtres, pour le prix de l'apprentissage (art. 2272, 4e al.); de l'action des domestiques qui se louent à l'année (art. 2272, 5e al.).

4° Prescription de l'action du voiturier, par *six mois*, au cas de transports en France, et par *un an*, au cas de transports à l'étranger.

Au cas de Mandat :

1° Prescription, par *un an*, de l'action des huissiers pour le salaire de leurs actes (art. 2272, 2e al.).

2° Prescription, par *deux ans*, de l'action des avoués pour procès terminés.

3° Prescription, par *cinq ans*, de l'action des avoués pour procès non terminés.

Au cas de Commission :

Prescription de l'action du commissionnaire de transports, par six mois, pour les expéditions faites en France; par un an, s'il s'agit d'expéditions faites à l'étranger.

460. VIII. *Compétence.* — Nous achèverons ce résumé des différences entre nos trois contrats par celles qui ont trait à la compétence.

La compétence est :

Pour le Mandat, toujours celle des tribunaux civils;

Pour la Commission, toujours celle des tribunaux de commerce;

Pour le Louage d'industrie, en principe celle des tribunaux civils, —quelquefois celle des tribunaux de commerce (par exemple, dans le cas où l'entrepreneur poursuivi est un commerçant), — quelquefois celle des juges de paix (pour les différends entre les maîtres et les domestiques), — ou celle des conseils de prud'hommes (pour les différends entre le patron et l'ouvrier, ou le maître et l'apprenti).

461. Ici se termine notre parallèle du louage d'industrie, du mandat et de la commission. Si nous avons pu parvenir à les représenter fidèlement, tels que les progrès de la civilisation les ont faits, dans le dernier état du droit, on reconnaîtra que leur but suprême et leur résultat final, c'est de mettre au service de chacun les aptitudes de tous et au service de tous les aptitudes de chacun, c'est de protéger en tous lieux les intérêts des absents, c'est d'étendre de plus en plus la sphère de l'activité humaine et de présider, en quelque sorte, à ce développement gigantesque du commerce et de l'industrie, dont nous admirons sans cesse les prodiges, et qui est, à coup sûr, une des plus belles gloires du dix-neuvième siècle.

Nous avons parcouru l'œuvre du passé, nous avons fait voir l'état des choses dans le présent. Supprimer toutes les entraves administratives, assurer une liberté plus complète à toutes les industries, à tous les efforts du travail humain; égaliser, autant que possible, les relations entre celui qui loue ses services et celui qui les accepte; perfectionner les conditions du crédit entre les mains de ceux qui font circuler la richesse et facilitent les échanges; telle sera l'œuvre de l'avenir. Le progrès accompli est le garant du progrès futur. Sans doute, il est des temps qui, loin de promettre aucunes

réformes salutaires, nous montrent la vie publique suspendue, l'action sociale devenue inerte, le mouvement législatif arrêté ou détourné de son cours naturel; mais, en dépit des obstacles, la science marche toujours et le sentiment du droit est indestructible.

FIN.

TABLE DES MATIÈRES.

PREMIÈRE PARTIE.

DROIT ROMAIN.

DEUXIÈME PARTIE.

ANCIEN DROIT.

TROISIÈME PARTIE.

DROIT ACTUEL.

FIN DE LA TABLE.

A LA MÊME LIBRAIRIE.

ANTHOINE DE SAINT-JOSEPH. Concordance entre les Codes de commerce étrangers et le Code de commerce français. 1843-1851, in-4. 30 fr.

BEDARRIDE, avocat. Traité du Dol et de la Fraude en matière civile et commerciale, 1852, 3 vol. in-8. 24 fr.

— Commentaire du Titre III du Code de commerce. Des Sociétés. 2 vol. in-8. 14 fr.

— Droit commercial, commentaire du Code de commerce. — Titre I. — Des commerçants. Titre II. — Des livres de commerce. 1854, in-8. 7 fr. 50

DEMOLOMBE, professeur doyen de la Faculté de droit de Caen. Cours de Code Napoléon.

— 1er *livre*. Traité complet de l'Etat des Personnes. 8 vol. in-8. 64 fr.

Chaque traité se vend séparément :

— 2e *livre*. De la Distinction des biens; de la Propriété; de l'Usufruit; de l'Usage et de l'Habitation (T. IX et X). Art. 516-636. 2 vol. in-8. 16 fr.

—Traité des servitudes, ou Services fonciers (T. XI et XII). Art. 637-710, 1856, 2 vol. in-8. 12 fr.

OUDOT, professeur à la Faculté de droit de Paris. Conscience et Science des devoirs, introduction à une explication nouvelle du Code Napoléon. 1856. 2 vol. in-8. 14 fr.

PARDESSUS. Us et coutumes de la mer, ou Collection des usages maritimes des peuples de l'antiquité et du moyen âge (Reproduction des 14 premiers chapitres de la collection des lois maritimes). 1847, 2 vol. in-4. 20 fr.

REVUE HISTORIQUE de Droit français et étranger, publiée sous la direction de MM. Ed. Laboulaye, membre de l'Institut, professeur de Législation comparée au Collége de France; E. de Rozière, ancien professeur à l'Ecole des chartes; R. Dareste, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation; C. Ginoulhiac, chargé du Cours d'histoire de droit à la Faculté de Toulouse
Prix : Paris, 10 fr.; Départements et Etranger, 12 fr.
Cette revue paraît tous les deux mois.

« Il y a trente-cinq ans, une réunion de magistrats, de professeurs et de jurisconsultes fondait la *Thémis*, et donnait à la science du droit le premier organe spécial et périodique qu'elle ait possédé dans notre pays. C'était le moment où la découverte des *Commentaires* de Gaïus et la publication des premiers ouvrages de M. Savigny venaient de renouveler l'étude en droit romain. La *Thémis* fut l'interprète fidèle de cette renaissance, et communiqua à la France une partie de l'ardeur scientifique dont l'Allemagne était animée. Plus tard, MM. Fœlix et Wolowski rendirent d'éminents services. Le premier consacra la *Revue Étrangère* aux recherches de législation comparée et nous fit successivement connaître les lois des différents pays de l'Europe : le second accueillit dans la *Revue de Législation* tous les jeunes écrivains, aujourd'hui célèbres, qui voulaient féconder la science du droit par l'étude simultanée de l'histoire, de l'économie politique et de la philosophie. Les circonstances ont interrompu ces deux publications; mais l'œuvre qu'elles avaient entreprise n'est point achevée. Le mouvement scientifique, parti de l'Allemagne, a traversé la France et se manifeste aujourd'hui en Espagne et en Italie. Il faut un centre commun à ces efforts individuels. Comparer les travaux accomplis dans une contrée avec ceux qui se poursuivent dans une autre contrée, les réunir, les éclairer, les fortifier les uns par les autres, tel est le but que se sont proposé les fondateurs et l'éditeur de la *Revue historique*, et vers lequel ils espèrent que la bienveillance du public les encouragera. »

VERGÉ. Compte rendu des travaux et séances de l'Académie des sciences morales et politiques. 1843 1852 (1re, 2e et 3e séries). 22 vol. in-8.

— 4e série, 1853-1855, 12 vol. Prix de chaque année, 20 fr. Prix de l'abonnement pour 1856, 20 fr.; pour les départements, 25 fr.

VERGÉ, docteur en droit. Diplomates et Publicistes, suivi d'un Tableau du système électoral de l'Angleterre. In-8. 6 fr.

ZACHARIÆ. Le Droit civil français, traduit de l'allemand sur la 5e édition, annoté et rétabli, suivant l'ordre du Code Napoléon, par MM. G. Massé, président, et Ch. Vergé, avocat, docteur en droit. 5 vol. in-8. 30 fr.
Prix pour les premiers souscripteurs, expédiés franco.—Après la publication du 3e volume, le prix sera porté à 37 fr. 50.

TYP. HENNUYER, RUE DU BOULEVARD, 7. BATIGNOLLES
Boulevard extérieur de Paris.